



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학석사 학위논문

제3자 반소제도에 관한 연구

2018 년 2 월

서울대학교 대학원

법학과 민사소송법 전공

정 우 채

국문초록

주요어 : 제3자를 추가하는 형태의 반소, 제3자 반소, 공동소송적 반소, 독립적 제3자 반소

학 번 : 2013-23338

반소의 전형적인 모습은 소송계속 중에 피고가 그 절차를 이용하여 원고를 상대로 소를 제기하는 것이므로 본소의 당사자가 아닌 자사이의 반소는 원칙적으로 부적법하다. 그러나 상호 관련 있는 청구들을 하나의 소송절차에 심리하여 분쟁의 일회적 해결을 꾀하자는 반소제도의 취지에 비추어 제3자에 대한 반소를 허용하자는 견해가 주장되었고 최근 대법원은 ‘피고가 원고 이외의 제3자를 추가하여 반소 피고로 하는 반소는 원칙적으로 허용되지 아니하고, 다만 피고가 제기하려는 반소가 필수적 공동소송이 될 때에는 민사소송법 제68조의 필수적 공동소송인 추가의 요건을 갖추면 허용될 수 있다’고 판시하여 ‘원고와 필수적 공동소송인 관계에 있는 제3자’를 상대로 한 반소를 인정하였다.

대법원 판례의 해석론은 본소의 당사자가 아닌 자에 대한 반소를 일률적으로 부정하지 않고 일정한 요건 하에 소송외 제3자를 상대로 한 반소를 허용하였다는 의의에도 불구하고 i) 반소는 독립한 소이고 반소원고의 입장에서는 당사자를 누락하여 추가하는 것이 아니라 처음부터 공동소송인들을 특정하여 소를 제기하는 것인데 판례는 소송계속 중에 누락된 당사자를 추가하는 상황으로 해석하여 법 제68조의 요건을 충족해야만 제3자를 상대로 한 반소를 허용한다고 판시하는 문제 ii) 법 제68조의 요건을 충족해야 된다고 볼 경우 반소제기를 포함하여 소제기는 법원의 허가사항이 아님에도 법원의 허가를 받아야 제3자를 상대로 한 반소를 제기할 수 있는 문제 iii) 피고는 소송 중의 소를 제기한다는 이유로 필수적 공동소송인 관계에 있는 자들만을 반소피고로 할 수 있다고 보는 것은 무기평등의 원칙 내지 공

평의 원칙에 반하는 것은 아닌지에 관한 문제 등이 있다.

외국의 반소제도를 살펴보면 미국은 당사자의 추가적 병합에 관한 미국 연방민사소송규칙(이하 ‘연방규칙’이라 한다)의 요건을 충족하는 경우 제3자를 상대로 한 반소를 제기할 수 있고, 독일의 통설과 판례는 제3자 반소(Drittwiderklage 내지 당사자 추가적 반소 parteierweiternde Widerklage)를 인정하고 있어 피고는 소송에 참가하지 않았던 제3자를 반소피고로 추가하여 원고의 공동소송인으로 삼거나, 일정한 경우 제3자만을 상대로 반소를 제기할 수도 있다. 그런데 미국의 반소제도는 강제 반소를 인정한다는 측면에서 피고의 반소의 자유가 문제될 수 있으며, 강제 반소를 제기하여 주장한 청구가 아닌 어떠한 청구에 대하여 반소{강제 반소에 대응하여 이를 ‘임의 반소(permissive counterclaim)’이라 한다}를 제기할 수 있게 하면서 법원이 재량으로 분리심판을 할 수 있도록 규정하고 있어 우리 반소제도의 구조나 체계와 다른 문제점이 있다. 독일에서 인정되는 제3자 반소도 우리 법 제65조 전문과 후문 관계에 있는 공동소송인 관계에 있는 자를 상대로 한 반소 뿐 아니라 제3자만을 상대로 한 반소도 허용하고 있는 바 관할의 이익을 침해하는 문제나 우리 법 명문규정과 맞지 않는 문제가 있다.

외국의 반소제도에 대한 검토를 통해 일정한 경우 피고의 반소를 강제하고 반소를 제기하지 않을 경우 반소를 제기할 수 없도록 하는 미국의 강제 반소나 ‘강제 반소가 아닌 경우 임의 반소로 폭넓게 반소를 허용하고 법관의 광범위한 재량으로 남용을 통제’하는 체계는 우리나라에 수용하기 어렵다고 보았으며, 독일의 반소 제도에서도 제3자만을 상대로 한 반소는 우리 법 명문규정에 반하고, 공동소송적 제3자 반소 중에서도 우리 법 제65조 후문에 대응되는 제3자를 상대로 한 반소는 법 제25조 제2항의 관련재판적이 인정되지 않으므로 제3자의 관할의 이익을 침해하는 문제가 있어 우리 반소제도로 수용하기 어렵다고 보았다. 다만 반소피고들이 법 제65조 전문관계에 있는 공동소송인 관계에 있는 경우, 필수적 공동소송인 관계에 있는 경우,

예비적 공동소송인 관계에 있는 경우의 제3자 반소는 우리 법의 해석
론으로도 인정될 수 있다고 보았다.

목 차

제 1 장 서 론	8
제 2 장 제3자 반소제도에 관한 학설과 판례의 입장과 제3자 반소제도의 필요성	10
제 1 절 문제의 제기	10
제 2 절 제3자 반소제도에 관한 학설과 판례의 입장	10
I. 학설의 입장	10
II. 판례의 입장	11
1. 판례의 사실관계 및 소송의 경과	11
2. 제3자 반소에 관한 판례의 한계	13
제 3 절 제3자 반소제도의 필요성	17
I. 소송경제적 목적	17
II. 분쟁의 모순없는 일회적 해결	19
제 4 절 소결론	23
제 3 장 비교법적 연구	25
제 1 절 미국의 제3자 반소제도	25
I. 제3자를 추가하는 형태의 반소 (Counterclaim Against Third party)	25
1. 의의	25
2. 강제적 반소와 임의적 반소	26
가. 강제적 반소	26
나. 임의적 반소	28
3. 당사자의 추가적 병합과 반소	28

가. 당사자의 강제적 병합	29
(1) 강제적 병합의 의의	29
(2) 강제적 병합의 요건	29
(3) 강제적 병합의 요건에 해당하지 않는 때 법원의 조치	31
(4) 강제적 병합의 절차	31
(5) 강제적 병합의 요건을 충족한 반소	32
나. 당사자의 임의적 병합	32
(1) 임의적 병합의 요건	33
(2) 임의적 병합의 절차	33
(3) 당사자 병합 요건을 흠결할 때 법원의 조치	34
(4) 임의적 병합의 요건을 충족한 반소	34
II. 미국 제3자 반소제도의 시사점	35
 제 2 절 독일의 제3자 반소제도	38
I. 제3자 반소(Drittwiderklage)	38
1. 제도의 의의 및 연혁	38
2. 공동소송적 제3자 반소 (streitgenössische Drittwiderklage)	40
가. 의의	40
나. 판례 및 학설에 따라 인정되는 사례군	41
다. 요건	42
(1) 새로운 당사자 추가에 따른 적법요건	42
(2) 공동소송의 적법요건	44
(3) 제3자의 관할이익	45
3. 독립적 제3자 반소(isolierte Drittwiderklage)	48
가. 의의	48
나. 판례에 따라 인정되는 사례군	49

다. 독립적 제3자 반소의 요건 및 관할권 문제 ...	50
4. 당사자 추가 예비적 반소(parteierweiternde Eventualwiderklage)	51
5. 제3자에 의한 반소(Widerklage eines Dritten 또는 Widerklage durch Dritte)	52
II. 독일 제3자 반소제도의 시사점	53
 제 4 장 제3자 반소제도의 허용가능성	55
제1절 공동소송적 제3자 반소의 허용가능성	55
제2절 독립적 제3자 반소 내지 제3자에 의한 반소의 허용가능성	61
제3절 소결론	62
 제 5 장 반소제도의 개선방안	63
제 1 절 제3자 반소의 요건	63
I. 반소의 일반요건	63
II. 반소의 특별요건	63
1. 상호관련성	63
2. 제3자 반소와 관할	64
3. 반소의 제기가 소송절차를 현저히 지연시키지 아니할 것	66
III. 항소심에서의 반소제기	66
제 2 절 제3자 반소의 절차 및 심판	67
I. 반소피고들이 제65조 전문의 통상공동소송인 관계에 있는 경우	67
II. 반소피고들이 고유필수적 공동소송인 관계에 있는 경우	68

Ⅲ. 반소피고들이 예비적 공동소송인 관계에 있는 경우	70
제 6 장 결론	73
참고문헌	75
Abstract	79

제 1 장 서 론

반소(Widerklage, Counterclaim)는 피고가 소송계속 중 그 소송절차를 이용하여 본소 청구 또는 방어방법과 관련성이 인정되는 청구에 대하여 원고를 상대로 제기하는 소를 의미한다. 그런데 반소에 대한 민사소송법(이하 ‘법’이라 한다) 제269조는 반소 제기의 주체, 시간적 한계, 범원에 대해서는 명문으로 규정하고 있지만 반소의 상대방에 대해서는 명확하게 규정하고 있지 않다. 이러한 민사소송법 규정에 대해 반소는 원칙적으로 계속 중인 소송의 피고가 원고를 상대로 제기하는 소로 해석되어 왔다. 소송의 당사자가 아닌 제3자를 상대로 제기하는 반소는 명문의 규정이 없는 우리 법제 하에서는 허용할 수 없다는 전제에서 본소원고는 반소피고이고 반소피고는 본소원고이어야 한다고 보았다. 그러나 반소의 당사자를 본소의 원·피고로만 제한하고 피고가 원고 이외 소 외 제3자를 상대로 하는 반소를 허용하지 않는 것이 타당한지는 살펴볼 필요가 있다.

반소제도는 i) 원고가 소송 중에 청구의 변경(법 제262조)을 할 수 있는 것에 대응하여 피고에게도 원고의 청구와 관련된 청구의 심판을 위하여 본소절차를 이용하도록 하는 것이 공평하고(무기평등의 원칙), ii) 관련된 청구에 관해 같은 소송절차를 이용하여 심판하는 것이 별도의 소 제기를 통한 심판보다 소송경제에 부합하며, iii) 재판의 불통일을 피할 수 있다는 점을 고려하여 인정되는 제도¹⁾이다. 본소 청구와 반소 청구 사이에 밀접한 상호관련성이 인정되는 경우 하나의 소송절차에서 심리·판단하는 것이 소송경제의 목적을 달성할 수 있고 관련된 청구들을 통일적으로 모순없이 해결할 수 있다는 것이다. 그런데 본소피고가 원고에 의해 제기된 소의 소송절차 내에서 본소 청구와 관련성이 인정되는 소 외 제3자에 대한 청구에 대해 반소의 제기를 허용함으로써 심리의 중

1) 이시윤, 『민사소송법』, 박영사, 2016., 724-725면; 정동윤/유병현/김경옥, 『민사소송법』, 법문사, 2016., 936면; 호문혁, 『민사소송법』, 법문사, 2016., 840면.

복을 방지하고 판단의 모순 저축을 회피하며 관련분쟁의 일회적·통일적 해결을 꾀할 수 있는 경우들이 존재한다.

우리 민사소송 학계에서 소송계속 중 피고가 원고 이외의 제3자에 대하여 반소를 제기하는 것을 허용할 것인지에 관해서는 견해의 대립이 있던 중 최근 대법원에서 제3자 반소의 허부에 관한 최초의 판결이 선고되었다. 대법원은 피고가 원고 이외의 제3자를 추가하여 반소피고로 하는 반소는 원칙적으로 허용되지 않는다고 판시하면서도 피고가 제기하려는 반소가 필수적 공동소송이 될 때에는 민사소송법 제68조의 필수적 공동소송인 추가의 요건을 갖추면 허용될 수 있다고 하였다.

반소에 관한 외국의 제도들을 살펴보면 미국에서는 당사자의 임의적 병합이나 강제적 병합에 관한 요건을 충족하는 제3자를 당사자로 추가하는 형태의 반소제도를 널리 활용하고 있으며, 독일에서는 본소피고가 기존 소송절차의 당사자가 아니었던 제3자를 반소피고로 추가하여 원고의 공동소송인으로 삼아 제기하는 공동소송적 제3자 반소뿐만 아니라 일정한 요건 하에 오로지 제3자를 상대로 하는 독립적 제3자반소를 인정한다. 본 논문에서는 미국과 독일의 반소제도를 구체적으로 살펴보고 그 외국 제도들이 우리나라에 도입될 수 있는지 여부를 검토하고자 한다.

제도의 필요성이 크더라도 그 제도를 도입함으로써 얻을 수 있는 이익보다 그 제도로 인하여 당사자 일방이 수인할 수 없는 손해를 입게 된다면 그 제도는 도입되어서는 안 될 것이다. 따라서 우리 민사소송법에서 소 외 제3자를 상대로 반소를 제기하는 제3자 반소를 허용할 수 있는지 여부와 관련하여 당사자 별로 입게 되는 이익과 불이익을 제3자 반소의 유형별로 살펴보고 각 유형의 제3자 반소의 도입이 허용될 수 있는지를 논증하겠다.

적법성이 인정된 제3자 반소에 대해서는 민사소송법에 규정된 반소 규정들을 원고·피고간의 반소와 동일하게 제3자 반소에도 적용할 수 있는지 여부, 제3자 반소에 대해서는 어떠한 요건을 갖추는 것이 필요한지와 반소피고들이 어떠한 공동소송관계에 있는지에 따라 반소의 절차와 심판에 관해서 살펴보도록 하겠다.

제 2 장 제3자 반소제도에 관한 학설과 판례의 입장과 제3자 반소제도의 필요성

제 1 절 문제의 제기

우리 민사소송법(이하 ‘법’이라 한다)은 제3자 반소를 허용하는 명문의 규정이 없는 바, 해석론상 제3자 반소를 인정할 것인지 여부에 대해서는 다툼이 있었다. 그런데 최근 제3자 반소의 인정여부 및 요건에 관한 최초의 대법원 판결이 선고되었다. 이 판결은 제3자 반소에 대한 적법성에 관해 대법원이 처음으로 판단하였다는 점에서 그 의의가 크나 반소피고들이 필수적 공동소송인 관계에 있는 경우 민사소송법(이하 “법”이라 표시한다) 제68조의 요건을 갖추면 반소가 허용될 수 있다고 판시하였다는 점에서 한계점을 지닌다. 따라서 대상판결을 분석하고, 제3자 반소의 필요성에 대해 소송경제적 측면과 분쟁의 모순없는 일회적 해결이라는 측면에서 구체적 사례들과 함께 검토해보도록 하겠다.

제 2 절 제3자 반소제도에 관한 학설과 판례의 입장

I. 학설의 입장

피고가 ‘원고 이외의 소송 외 제3자’에 대하여 반소를 제기할 수 있는지 여부가 문제된다. 이에 대해 학설은 i) 소송자료를 공통으로 하고 상호 관련이 있는 청구들을 하나의 소송절차에서 심리하여 분쟁의 1회적 해결을 꾀하는 반소제도의 취지를 살려 제3자 반소를 폭넓게 인정하자는 긍정설²⁾, ii) 우리 법제하에서 제3자 반소는 명문 규정이 없으므로 입법

2) 김홍규/강태원, 『민사소송법』, 박영사, 2014, 756면; 정영환, 『신민사소송법』, 세창출판사, 2009, 747면.; 한충수, 『민사소송법』, 박영사, 2016, 649

론적 해결은 별론으로 하더라도 해석론에 의해서 제3자 반소를 인정할 수 없다는 부정설³⁾, iii) 원칙적으로 제3자를 반소피고로 하는 것은 허용되지 않으나, 원고와 제3자가 고유필수적 공동소송인 관계에 있으면 필수적 공동소송인 추가 규정(제68조)에 따라 허용된다는 절충설⁴⁾로 나뉜다.

II. 판례의 입장

1. 판례의 사실관계 및 소송의 경과

제3자 반소의 적법성에 관해 최초로 판단한 판결은 대법원 2015. 5. 29. 선고 2014다235042, 235059, 235066 판결이다. 이 판결의 사실관계를 반소의 적법성에 관한 분석을 위해 필요한 한도에서 살펴보겠다.

甲회사를 운영하는 X는 2012. 2.경 乙에게 산림골재, 토석채취 및 광산업 등을 사업목적으로 하는 甲회사를 양도하기로 하고 乙과 甲회사 소유의 부동산과 건설기계 등을 매도하는 매매계약을 체결하였다. 이 계약에는 乙이 X로부터 회사의 운영권 중 토석채취 등 생산 운영에 대한 부분을 미리 넘겨받아 생산한 토석 등을 X가 운영하는 공장과 甲회사의 거래처에 납품하는 방법으로 매매대금의 일부를 지급하는 내용이 포함되어 있었다. 그리고 이 매매계약에 대하여 甲회사가 X의 연대보증인이 되었다. 乙은 X에게 계약금과 중도금을 지급하고 토석 등을 생산 및 납품하다가, 2012. 7.경에는 토석생산을 중단한 채 나머지 매매대금을 지급하지 않고 甲회사의 기계 및 부동산을 그대로 점유하고 있었다.

그러자 甲회사가 乙에 대해 이 사건 매매계약을 채무불이행을 이유로 해제하고 채무불이행을 원인으로 약정위약금 내지 손해배상 청구의 본소

면.

3) 송상현/박익환, 『민사소송법』, 박영사, 2014, 623면.

4) 이시윤, 앞의 책, 727면; 전병서, 앞의 책, 534면; 정동윤/유병현 『민사소송법』, 2014, 911면.; 호문혁, 앞의 책, 839-840면.

를 제기하였다. 이후 제1심에서 피고 乙은 원고 甲회사와 함께 소 외 제3자인 X를 상대로 하여 이 사건 매매계약은 처음부터 불공정한 계약으로서 무효이거나 계약체결에 있어 X의 기망행위가 있었으므로 매매계약을 취소하고 이미 지급한 매매대금을 부당이득으로 반환해달라는 취지의 반소를 제기하였다.

1심 법원은 i) 본소 청구에 대하여 이 사건 매매계약의 당사자는 X와 乙이고 甲회사는 계약의 당사자가 아니므로 乙의 채무불이행을 원인으로 한 약정 위약금 내지 손해배상청구권이 있다고 볼 수 없다는 이유로 청구를 기각하였다. ii) 반소 청구에 대하여 乙이 제3자인 X를 반소 피고로 하는 반소 청구의 적법여부에 대한 명시적 판단은 하지 아니한 채, 이 사건 매매계약이 불공정한 계약으로서 무효이거나 계약체결과정에서 반소피고인 X가 乙을 기망하였다고 볼 수 없다는 이유로 甲회사와 X에 대한 반소 청구를 각 기각하였다.⁵⁾

항소심 법원은 i) 甲회사의 乙에 대한 본소 청구는 1심과 같은 이유로 청구가 이유없다고 판단하였다. ii) 乙의 X에 대한 반소의 적법여부에 대하여 직권으로 ‘고유필수적 공동소송이 아닌 사건에서 소송 도중에 당사자를 추가하는 것은 허용되지 않고 이는 반소에 관하여도 그대로 적용되는바, 피고 乙이 본소원고인 甲회사와 소 외 제3자인 X를 상대로 제기한 반소는 고유필수적 공동소송이 아니므로, 피고 乙의 X에 대한 반소는 부적법하다’고 하여 반소를 각하하였다. 그리고 항소심단계에서 제3자 반소피고인 X는 반소원고 乙을 상대로 재반소를 제기하였는데 乙의 X에 대한 반소가 앞의 이유로 부적법한 이상 X의 乙에 대한 재반소도 부적법하다고 보았다. iii) 제1심이 기각한 ‘乙의 甲회사에 대한 반소 청구’ 부분에 대해서는 X가 乙의 채무불이행을 이유로 한 계약해제의 의사를 표시한 본소 소장 부분이 乙에게 송달됨에 따라 매매계약은 적법하게 해제되었고, 계약해제에 따른 원상회복의무도 연대보증의 내용에 포함되므로 연대보증인인 甲회사는 乙이 매매계약에 따라 지급한 금액 및 이에

5) 청주지방법원 충주지원 2013. 11. 28. 선고 2013가합577(본소), 2013가합584(반소)판결

대한 지연손해금을 乙에게 반환할 의무가 있다고 판단하여 항소심은 해당 부분을 변경하였다.⁶⁾

乙은 항소법원이 반소에 관한 법리를 오해하였다는 이유로 상고를 하였는데 이 상고이유에 대해 대법원은 “피고가 원고 이외의 제3자도 추가하여 반소피고로 하는 반소는 원칙적으로 허용되지 아니하고, 다만 피고가 제기하려는 반소가 필수적 공동소송이 될 때에는 민사소송법 제68조의 필수적 공동소송인 추가의 요건을 갖추면 허용될 수 있다”고 일반론을 실시한 후 “원심이 乙 이 甲회사 및 X를 상대로 제기한 반소는 필수적 공동소송이 아니어서 乙의 X에 대한 반소가 부적법하다고 판단한 것은 정당하다”고 판시하였다.⁷⁾

2. 제3자 반소에 관한 판례의 한계

이 대법원 판례는 우리 민사소송법에서 제3자 반소를 허용할 것인지 여부에 대한 최초의 판단이고, 원고 및 제3자가 고유필수적 공동소송인 관계에 있는 때에는 당사자적격의 흠으로 인해 반소가 각하되는 것을 면하기 위해서 제3자를 추가하여 반소를 제기할 소의 이익이 있고 피고가 ‘반소원고로 되어’ 원고와 필수적 공동소송인 관계에 있는 제3자를 반소피고로 추가한다는 점에서 민사소송법 제68조의 요건에 따라 제3자 반소를 인정한 의의를 가지고 있으나 다음과 같은 한계점을 가지고 있다.⁸⁾

i) 우선 민사소송법 제68조를 제3자 반소의 허용요건으로 판시하는

6) 대전고등법원 2014. 11. 11. 선고 (청주)2013나20671, 20688, 2014나940 판결.

7) 대법원 2015. 5. 29. 선고 2014235042, 235059, 235066 판결.

8) 필수적 공동소송 관계가 아닌 경우의 제3자에 대한 반소를 부적법으로 본 대법판결에 대해 제3자에 대한 반소피고가 본소 원고인 회사의 운영자이며 실제 이 사건 계약의 체결을 주도한 자로서 본소원고와 반소피고가 서로 밀접한 관련을 가지고 있으므로 추가적 공동소송의 문제로 보아, 공동소송의 요건, 객관적 병합의 요건, 반소의 요건, 관할 요건이 충족되는 것을 전제로 반소를 적법하다고 보아야 한다는 견해로는 전병서, “제3자에 대한 반소의 적법성 - 대법원 2015. 5. 29. 선고 2014다235042, 235059, 235066 판결 -”, 『법조』, 2016, 560-563면.

데 피고가 원고 및 필수적 공동소송인 관계에 있는 제3자를 상대로 반소를 제기하는 상황이 ‘법 제67조 제1항의 규정에 따른 공동소송인 가운데 일부가 누락된 경우’에 해당하는지는 의문이다. 판례는 ‘본소의 소송절차 진행 중에 반소가 제기되는 상황’을 ‘소송 중 필수적 공동소송인을 누락하여 추가하는 상황’과 유사하게 본 것으로 판단되나, 피고가 반소를 제기하는 것은 ‘소송 중의 소’이기는 하나 처음부터 ‘필수적 공동소송인을 누락하여 반소를 제기한 것’이 아니다. 만약 원고가 피고를 상대로 소를 제기하자 피고가 원고를 상대로 소를 제기한 후 원고와 필수적 공동소송인 관계에 있는 제3자를 당사자로 추가하는 것은 반소 소송계속 중에 당사자를 추가하는 것이므로 법 제68조가 문제될 수 있다. 그러나 ‘원고가 고유필수적 공동소송 가운데 일부를 누락하여 소를 제기하였다가 그 누락된 당사자를 추가하는 경우’에 관한 규정인 법 제68조를 ‘피고가 본소 원고 및 본소 원고와 고유필수적 공동소송인 관계에 있는 제3자를 상대로 반소를 제기하는 상황’에 적용하는 것이 타당한지는 의문이다.

판례가 법 제68조를 소 외 제3자를 상대로 반소를 제기하기 위한 요건으로 판시한 결과 피고가 고유필수적 공동소송인 관계에 있는 제3자를 상대로 반소를 제기할 수 있는 시적 한계는 ‘제1심 변론을 종결할 때까지’이다. 따라서 항소심에서는 피고는 원고와 소 외 제3자를 상대로 한 반소를 제기할 수 없고, 별소제기를 통해서만 자신의 권리를 주장해야 한다. 이는 ‘본소 청구와 관련성이 인정’되는 청구에 대해 별소 제기가 강제되는 결과 소송경제 및 분쟁의 일회적 모순 없는 해결을 할 수 없게 된다. 또한 법 제412조는 ‘상대방의 심급의 이익을 해할 우려가 없는 경우 또는 상대방의 동의를 받은 경우’에는 항소심에서도 반소를 제기할 수 있다고 규정하고 있다. 법 제412조를 피고가 원고를 상대로 제기한 반소의 경우에만 적용하는 것이 입법자의 명백한 의사였다면 “반소는 본소 원고의 심급의 이익을 해할 우려가 없는 경우 또는 본소 원고의 동의를 받은 경우에 제기할 수 있다”고 규정하거나 적어도 법 제269조에 피고는 …원고에 대하여…반소를 제기할 수 있다고 규정하였을 것이다. 그런데 법 제269조는 반소의 상대방을 ‘원고’라고 명문으로 한정짓지 않았

다. 따라서 반소의 상대방을 원고로만 볼 것인지 아니면 원고 뿐 아니라 일정한 범위의 제3자도 포함된다고 볼 것인지에 대해 해석의 여지가 발생하게 되었고 대법원 판례도 ‘원고’ 뿐 아니라 ‘원고와 필수적 공동소송인 관계에 있는 제3자’도 반소의 상대방이 될 수 있다고 법규정을 해석한 것이다. 그렇다면 법 제412조의 ‘상대방’도 논리필연적으로 원고로만 한정해서 해석해야 할 이유는 없으며 ‘일정한 범위의 제3자’도 포함될 수 있는지를 살펴볼 필요가 있는 것이다.

ii) 이 사건 대법원 판시 내용을 보면 일반론으로 “피고가 원고 이외의 제3자도 추가하여 반소피고로 하는 반소는 원칙적으로 허용되지 아니하고, 다만 피고가 제기하려는 반소가 필수적 공동소송이 될 때에는 민사소송법 제68조의 필수적 공동소송인 추가의 요건을 갖추면 허용될 수 있다”고 설시한다. 2002년 민사소송법 개정으로 예비적·선택적 공동소송인의 추가에 대한 제70조가 신설되었고 그에 따라 대법원도 “원고가 어느 한 사람을 피고로 지정하여 소를 제기하였다가 다른 사람이 주위적 또는 예비적 피고의 지위에 있다고 주장하면서 그에 대한 청구를 아울러 하는 경우에는 예비적·선택적 공동소송인 추가에 관한 규정(제70조)에 따라 피고를 추가할 수 있다”고 판시하여 소송계속 중 예비적 피고의 추가도 인정하고 있다. 따라서 피고가 소 외 제3자를 상대로 제기하려는 반소가 예비적 공동소송이 될 때에도 그 반소가 허용될 수 있는지 여부를 검토할 필요가 있다.

iii) 반소를 제기하는 것은 본소의 측면에서는 소송계속 중으로 볼 수 있으나, 반소의 측면에서는 후발적인 당사자의 추가가 아니라 원시적 공동소송에 해당한다. 원고는 통상공동소송(제65조), 필수적 공동소송(제67조), 예비적·선택적 공동소송(제70조) 관계에 있는 자들을 피고로 삼아 소를 제기할 수 있는 반면에, 피고는 소송 중의 소를 제기한다는 이유로 ‘필수적 공동소송인 관계에 있는 자들’만을 반소피고로 할 수 있다고 보는 것은 원·피고간의 무기평등의 원칙 내지 공평의 원칙에 반하는 것은 아닌지 문제된다. 원고와 통상공동소송, 필수적 공동소송, 예비적·선택적 공동소송 관계에 있는 소 외 제3자 중 ‘소송 중의 소’라는 반소의

특수성을 감안하더라도 ‘필수적 공동소송인 관계’에 있는 자만을 상대로 반소를 제기할 수 있다고 보는 것은 매우 제한적이다.

예를 들어, 乙이 운전하는 차량과 甲이 운전하는 차량이 충돌하는 교통사고가 발생하였는데 甲이 乙을 상대로 교통사고로 인한 손해배상금 지급을 구하는 소를 제기하자 乙이 원고의 청구기각을 주장하면서 甲과 甲 차량의 동승자 丙에게 교통사고의 전적인 책임이 있다는 이유로 甲과 함께 丙을 상대로 반소를 제기하려는 경우 丙을 상대로 한 반소를 불허하는 것이 타당하지는 의문이다. 乙은 甲과 丙이 동일한 교통사고로 인해 乙 자신에게 손해배상채무를 부담한다고 주장하므로 이는 동일한 사실상 원인에 기인한 것이고 乙은 별소로 甲과 丙을 공동피고로 하여 소를 제기할 수 있다. 그런데 甲이 乙을 상대로 소를 제기하여 소송계속 중이라는 이유로 동일한 교통사고에 관련된 ‘乙의 丙에 대한 손해배상청구 부분’을 같은 절차 내에서 심판하지 못하는 것이 소송경제의 도모나 판결의 모순·저촉 방지, 분쟁의 일회적 해결이라는 반소제도의 취지에 비추어 타당한지는 검토할 필요가 있다.

모든 반소 청구는 별소 제기를 통해서도 주장할 수 있다. 그럼에도 우리 민사소송법은 반소라는 제도를 두어 하나의 소송절차에서 본소 청구와 상호관련성이 인정되는 청구에 대해 심리할 수 있도록 하여 심리의 중복을 피하고 어느 정도 통일적인 해결을 기대하며 당사자에 대해 노력과 비용을 절약시킬 수 있도록 하고 법원에 대하여도 중복심리에 따른 수고를 덜 수 있도록 하였다. ‘본소피고는 원고와 공동소송인 관계에 있는 제3자를 상대로 별소를 제기할 수 있으므로 제3자 반소를 인정할 필요가 없다’는 논리를 일관하면 ‘본소피고는 원고를 상대로 별소를 제기할 수 있으므로 반소를 인정할 필요가 없다’는 논리도 성립가능하다. 우리 민사소송법의 반소에 관한 규정에는 반소의 상대방을 ‘원고’로 한정하여 규정하지 않고 대법원도 반소의 상대방이 원고로 한정되지 않음을 판례를 통해 확인하였다. 그렇다면 소송경제를 도모하고 심리의 중복과 판결의 모순·저촉을 피하면서도 원고와 추가되는 제3자의 이익을 고려하여 어떠한 요건과 절차 하에서 어느 정도의 범위의 제3자까지를 반소의 피

고로 인정할 것인지를 살펴볼 필요가 있다. 요건 및 절차, 제3자의 기준에 대한 하나의 위해 미국과 독일의 제3자 반소 제도에 대해 다음 장에서 검토해보도록 하겠다.

제 3 절 제3자 반소제도의 필요성

I. 소송경제적 목적

반소제도는 본소와 동일한 절차를 활용함으로써 소송경제를 도모할 수 있음을 고려하여 인정된 제도이다.⁹⁾ 반소 제도를 인정함에 따라 본소의 청구 또는 방어방법과 관련성이 있는 청구들은 하나의 절차에서 해결할 수 있게 된다. 본소 청구 또는 본소의 방어방법과 반소 청구가 관련성이 인정된다는 의미는 양자가 법률상, 사실상 공통성이 있어 반소를 본소와 병합하여 심리·심판하는 것이 의미있을 정도로 관계를 가짐을 말한다. 구체적으로 살펴보면 i) 동일한 법률관계의 형성을 추구하는 경우 ii) 청구원인사실이 공통된 경우 iii) 청구원인사실은 다르지만 청구의 목적물이 같기 때문에 관련성이 인정되는 경우 iv) 본소 청구와 반소 청구의 원인사실은 다르지만 분쟁발생원인이 공통되는 경우에 본소 청구와 반소 청구 상호간의 관련성이 인정된다. 본소 청구 뿐 아니라 피고의 항변사유와 그 대상이나 발생원인에 있어서 법률상, 사실상 공통성이 인정되면 피고의 항변사유를 전제로 한 반소 청구를 하는 것도 가능하다.

공동소송제도는 각 공동소송인과 상대방 사이의 청구가 상호 관련되어 있는 경우 이들을 하나의 절차에 병합하여 심판함으로써 심리의 중복을 피하고 소송경제를 도모하는 목적을 가지고 있다.¹⁰⁾ 다수 당사자간의 관련분쟁을 하나의 절차에서 심리할 수 있기 위해서는 각 공동소송인에 대한 청구 서로간의 공통성 내지 관련성이 인정되어야 한다. 법 제65조

9) 호문혁, 앞의 책, 849면.

10) 이시윤, 앞의 책, 734면.

에 따르면 권리·의무가 공통된 경우 뿐 아니라 권리·의무의 발생원인이 동일한 경우에도 공동소송의 주관적 요건이 인정된다.

반소제도와 공동소송 제도 모두 관련성이 인정되는 청구들을 하나의 절차에서 해결함으로써 소송경제를 달성한다는 목적을 가지고 있다. 그리고 반소에서의 상호관련성 요건과 공동소송에서의 주관적 요건은 주요 내용이 상당부분 공통된다. 피고의 원고에 대한 청구 뿐 아니라 피고의 제3자에 대한 청구도 본소 청구 또는 방어방법과 관련성이 인정될 때 제3자 반소를 인정함에 따라 소송경제를 달성할 수 있는 경우를 다음과 같은 구체적 사례를 통해 살펴본다.

상호 교통사고 사안에서 일방 차량의 운전자인 X가 타방 차량의 소유자인 Y를 상대로 손해배상을 구하는 소를 제기하였는데 Y가 X의 손해배상청구가 이유없고 손해배상책임은 전적으로 Y와 타방 차량의 운전자였던 Z에게 있다는 다투는 경우를 상정해보자. 만약 Y가 별도로 Y와 Z를 공동소송인으로 삼아 소를 제기하는 것은 법 제65조의 공동소송의 요건 중 ‘소송목적이 되는 의무가 사실상 같은 원인으로 말미암아 생긴 경우’에 해당하여 허용될 것이다. 또한 Y가 X를 상대로 손해배상책임이 없다고 다투면서 동일한 교통사고로 인해서 Y 자신이 입은 손해를 원인으로 손해배상을 구하는 반소를 제기하는 것도 허용될 것이다. 왜냐하면 본소 청구의 대상이나 발생원인에 있어서 사실상 또는 법률상 공통성이 있는 청구에 대해 반소를 제기할 수 있는데 X가 Y를 상대로 제기한 손해배상청구의 원인이 되는 사실관계와 Y가 X를 상대로 제기하는 손해배상청구의 원인이 되는 사실관계 모두 동일한 교통사고이기 때문이다.

X가 Y를 상대로 손해배상을 구하는 소를 제기하자 Y가 X를 상대로 손해배상을 구하는 반소를 제기하는 경우나 Z가 Y를 상대로 손해배상을 구하는 소를 제기하자 Y가 Z를 상대로 손해배상을 구하는 반소를 제기하는 경우 모두 본소 청구와 반소 청구의 상호관련성이 인정된다. 그리고 Y가 X와 Z를 공동소송인으로 하여 소를 제기하는 것도 Y의 X에 대한 청구와 Y의 Z에 대한 청구가 서로 밀접하게 관련되어 있어 인정된

다.

이때 Y의 Z에 대한 손해배상청구는 X와 Y의 소송절차를 이용하여 반소를 제기할 수 있도록 한다면 청구의 기초가 되는 사실관계도 'X 운전 차량과 Y 소유 Z 운전 차량 사이의 교통사고'로 동일하고 심리·심판되는 부분도 '이 사건 교통사고에서 누구에게 손해배상청구권이 인정되는지 여부'로 동일한 Z에 대한 청구도 본소 수소법원에서 심리·심판될 수 있어 심판의 중복을 방지함으로써 소송경제를 도모할 수 있게 된다.

상호 교통사고 사안에서 X가 Y에 대해 가지는 교통사고를 원인으로 하는 손해배상청구권을 Z에게 양도하여 Z가 Y를 상대로 소를 제기하였을 때 Y는 양도인인 X도 Y자신에 대해 손해배상채무를 부담함을 이유로 X를 상대로 반소를 제기하는 것을 인정할 실익이 있다. 하나의 교통사고라는 동일한 사실관계로 인하여 X는 Y에 대해, Y는 X에 대해 각각 손해배상청구권을 가지는데 일방이 자신의 손해배상청구권을 양도하여 그 양수인이 양수금 청구의 소를 제기하는 경우에 동일한 소송절차 내에서 동일한 교통사고로 인한 손해배상청구권을 반소 제기를 통해 허용한다면 '교통사고의 원인 및 과실의 정도, 손해배상액수' 등의 심리가 하나의 소송절차 내에서 이루어짐으로써 동일한 교통사고와 관련된 청구권에 대해 심리의 중복을 피할 수 있어 신속한 분쟁해결과 소송경제를 달성할 수 있다.

II. 분쟁의 모순없는 일회적 해결

반소제도는 동일한 절차에서 관련성이 있는 청구들을 한꺼번에 해결함으로써 전술한 소송경제 뿐 아니라 분쟁의 일회적 해결을 기할 수 있다는 점을 고려하여 인정된 제도이다. 본소 청구 또는 방어방법과 상호 관련성이 인정되는 반소 청구를 본소와 병합함으로써 동일한 절차에서 변론과 증거조사를 함께 실시하는 데 편리하고 심리의 중복과 재판의 저축을 피할 수 있게 된다.¹¹⁾ 공동소송 제도는 수인의 당사자 사이에 일정

11) 이시윤, 앞의 책, 729면.

한 공통점이 있을 때 한꺼번에 심리함으로써 권리구제를 모순없이 할 수 있다는 장점이 있고¹²⁾, 하나의 소송절차에서 해결할 수 있는 분쟁의 수가 많아지게 되므로 분쟁의 일회적 해결의 요청에 공헌하게 된다.¹³⁾ 하나의 소송절차에 다수인의 청구를 결합하는 것이 반드시 재판의 통일을 가져오는 것은 아니지만 공동소송인과 상대방 사이의 청구가 서로 관련되어 있는 경우에는 같은 절차에 병합하여 심판하여 공통된 쟁점에 관하여 심리의 중복을 피할 수 있고 어느 정도 통일적인 해결을 기대할 수 있다.¹⁴⁾

공통으로 심판하는 것을 정당화할만한 관련성이 인정되는 제3자에 대한 반소를 인정함에 따라 공통의 쟁점에 대해 심리의 중복을 피하고 분쟁의 통일적 해결을 기대할 수 있는 경우를 구체적 사례를 통해 살펴본다.

채권자 X가 채무자 Y를 상대로 채권 100만원 중 50만원의 지급을 구하는 소를 제기하고 나머지 50만원 채권 중 30만원은 자기에 귀속하고 나머지 20만원은 Z에게 양도되었다고 주장하는데 Y가 채무가 존재하지 않는다고 다투고 있는 경우에도 Y가 X뿐만 아니라 Z를 상대로 반소를 제기하는 것을 허용할 필요성이 인정된다. 채무자의 입장에서 자신이 채무를 부담하는지 여부, 만약 부담한다면 어느 범위에서 부담하는지 여부는 매우 중요한 쟁점이다. 만약 채권자가 채무자를 상대로 한 이행의 소를 제기하고 그 소송 절차에서 채무자가 채무의 존부와 범위를 다투는 것만으로 채무자가 충분히 보호된다고 보았다면 우리 민사소송이 채무부존재 확인의 소의 이익을 긍정하지는 않았을 것이다.¹⁵⁾ X의 Y에 대한 소에서 Y가 50만원 청구 부분에 대해 청구권이 부존재한다고 다투고 법원이 그 주장을 인정하여 X의 Y에 대한 50만원 청구기각판결을 선고한 경우 ‘X의 Y에 대한 50만원 청구권은 존재하지 않는다’는 점에 대해 기

12) 호문혁, 앞의 책, 849면.

13) 전병서, 앞의 책, 550면.

14) 정동윤/유병현/김경욱, 앞의 책, 923면.

15) 2017년 채무부존재확인 소는 6934건이 접수되었다.(제1심 5749건, 제2심 881건, 상고심 304건) ; 법원행정처, 『사법연감』, 2017, 565면.

판력이 발생한다. Y가 X가 나머지 50만원 채권 중 30만원은 자기에게 귀속한다는 주장을 다투면서 X를 상대로 ‘잔부채권 중 30만원 부분’이 부존재함을 확인한다는 취지의 반소를 제기하여 그 반소 청구가 법원에 의해 인정된다면 ‘X의 Y에 대한 30만원 청구권은 존재하지 않는다’는 점에 대해 기판력이 발생한다. 그러나 X가 나머지 50만원 채권 중 20만원은 Z에게 양도되었다고 주장하는 부분에 대해서는 X에 대한 청구를 본소에서 다투거나, X에 대해 반소를 제기하더라도 법원의 심판의 대상이 될 수 없다. 그에 반해 Y가 Z에 대해서도 ‘잔부채권 중 양도된 부분의 부존재확인’을 구하는 반소’를 제기하는 것을 허용한다면 채무자는 Z를 상대로 채무 부존재확인의 별소를 제기하는 것보다 자신의 채무에 대한 관련분쟁을 하나의 소송절차에서 통일적·일회적 해결을 달성할 수 있다.

매도인 X가 매수인 Y에 대하여 매매대금 지급을 구하는 소를 제기하자 Y가 기망을 이유로 민법 제110조에 근거해 매매계약을 취소하였다고 주장하며 X뿐 아니라 Y와 X사이의 매매계약 체결에 중요하게 관여한 Z를 상대로도 손해배상을 구하는 경우에도 제3자 반소제도의 필요성이 제기된다. X와 Z는 계약체결과정에서 Y를 기망하는 공동불법행위를 한 자들로 Y에 대한 관계에서 부진정연대채무를 부담한다. 하나의 계약 체결과정에서 Y에 손해를 가한 가해자들인 X와 Z에 대한 손해배상청구는 법 제65조 전문 중 ‘소송의 목적인 의무가 사실상 같은 원인으로 말미암아 발생한 경우’로서 Y는 X와 Z를 공동소송인으로 하여 별소를 제기할 수 있다. 그런데 ‘X와 Z가 Y를 기망하여 착오에 빠뜨려 계약체결이라는 행위를 하게 하였는지 여부’는 ‘X가 민법 제110조에 근거해 취소를 행사할 수 있는지 여부’와 밀접한 관련성을 가지고 ‘취소권 행사의 유무효’여부는 ‘이 사건 매매계약의 효력 및 매매대금 지급의무’의 전제가 된다. Y가 X뿐 아니라 Z를 상대로 하여 공동불법행위로 인한 손해배상청구를 구하는 반소를 제기하는 것을 허용한다면 본소에서 ‘Y의 민법 제110조에 의한 사기취소가 인정되는지 여부와 매매대금 지급의무의 존부’를 심리하면서 같은 소송절차 내에서 ‘X와 Z가 Y에 대해 기망행위를 하였는지 여부와 그 기망과 계약체결 사이의 인과관계 등’을 심리할 수 있어 하나

의 계약체결과정을 둘러싼 분쟁을 모순없이 통일적으로 심리·심판할 수 있게 된다.

X가 Y를 상대로 매매계약의 해제를 원인으로 한 손해배상청구의 소를 제기하자 Y가 매매계약의 해제사유가 없다고 다투면서 X와 연대보증인 Z를 상대로 매매대금 지급을 구하는 반소를 제기하려는 경우에도 제3자 반소 제도의 인정실익이 있다. X와 연대보증인 Z는 소송의 목적인 의무가 법률상 같은 원인으로 발생한 경우에 해당하여 제65조 전문의 공동소송인 관계가 인정된다. 따라서 Y가 X와 Z를 공동소송인으로 하여 별소를 제기할 수 있다. 이 사안에서 ‘매매대금 지급의무의 존부’는 ‘매매계약 해제의 효력 인정여부’와 밀접한 관련성을 가지고 있고 이를 하나의 소송절차 내에서 심리·심판함으로써 심리의 중복을 피하여 소송경제를 도모하고 매매계약과 관련된 분쟁을 통일적으로 모순없이 해결할 필요성이 있다.

제3자 반소의 적법성에 대해 최초로 판시한 대법원 판결의 사안의 경우에도 제3자 반소 제도의 필요성이 인정되는 구체적 사례가 될 수 있다. 판결의 사실관계를 간단히 요약하면 甲회사가 乙에 대해 이 사건 매매계약을 채무불이행을 이유로 해제하고 채무불이행을 원인으로 약정위약금 내지 손해배상 청구의 본소를 제기하였는데 본소 피고 乙이 원고 甲회사와 함께 소 외 제3자인 X를 상대로 하여 이 사건 매매계약은 처음부터 불공정한 계약으로서 무효이거나 계약체결에 있어 X의 기망행위가 있었으므로 매매계약을 취소하고 이미 지급한 매매대금에 대한 부당이득반환청구의 반소를 제기한 사안이다. 이 사안에서 제3자에 대한 반소의 피고 X가 본소 원고인 甲회사의 운영자이며 이 사건 계약의 체결과정 전반을 주도하였고 본소 원고인 甲회사는 이 사건 계약의 연대보증인이다. 만약 乙의 X에 대한 반소 제기가 적법하다고 인정되었다면 이 사건의 매매계약을 둘러싼 관련분쟁들(매매계약이 불공정한 계약으로서 무효인지 여부/ 기망으로 인한 매매계약 취소가 인정되는지 여부/ 채무불이행으로 인한 계약해제가 인정되는지 여부/ 약정위약금 내지 손해배상 의무의 존부)이 하나의 소송절차에서 일회적·통일적으로 모순없이 해

결될 수 있었을 것이다.

채권양수인 X가 채무자 Y에 대해 Z로부터 양도받은 채권의 지급을 구하는 소를 제기하였는데 Y가 채무의 존재 자체를 인정하지 못하겠다고 다투면서 양수인 뿐 아니라 양도인에 대한 관계에서도 아무런 의무를 부담하지 않는다고 다투는 경우 Y가 양도인 Z만을 상대로 반소를 제기하는 것을 인정할 필요성도 존재한다. 양수인 X에 대한 본소에서 Y가 채무의 존부를 다투어 그 판결이 확정되더라도 그 판결의 효력은 X와 Y 사이에서만 미치지만 Z에 대해 소극적 확인의 반소를 제기하는 것을 허용할 수 있다면 동일한 채권에 대한 관련분쟁을 하나의 소송절차 내에서 일거에 해결할 수 있는 실익이 존재한다.

제 4 절 소결론

대법원 판례는 본소원고와 소 외 제3자가 필수적 공동소송인 관계에 있는 경우 법 제68조의 요건에 따라 제3자 반소를 허용한 판단을 하였다는 의의가 있다. 그러나 위 판례는 ‘본소의 소송절차 진행 중에 반소가 제기되는 상황’을 ‘소송 중 필수적 공동소송인이 누락하여 추가하는 상황’과 유사하다고 보았으나 ‘원고가 고유필수적 공동소송 가운데 일부를 누락하여 소를 제기하였다가 그 누락된 당사자를 추가하는 경우’에 관한 규정인 법 제68조를 ‘피고가 본소 원고 및 본소 원고와 고유필수적 공동소송인 관계에 있는 제3자를 상대로 반소를 제기하는 상황’에 적용하는 것은 잘못이고, 원고는 통상공동소송, 필수적 공동소송, 예비적·선택적 공동소송 관계에 있는 자들에 대해 소를 제기할 수 있는 반면 피고는 원고와 소 외 제3자 중 ‘필수적 공동소송인 관계’에 있는 자만을 상대로 반소를 제기할 수 있다고 보는 것은 ‘소송 중의 소’라는 반소의 특수성을 감안하더라도 매우 제한적일 뿐 아니라 원·피고간의 무기평등의 원칙 내지 공평의 원칙에 반할 수 있다는 한계점이 있다.

원고 및 소 외 제3자를 공동소송인으로 하는 반소나 제3자만을 상대로 한 반소 제기를 허용함으로써 심리의 중복을 방지하여 소송경제적 목

적을 달성하고 관련분쟁을 하나의 소송절차에서 통일적으로 모순없이 해결할 수 있는 제도의 필요성은 채권의 양도-양수 사례나 반소피고들 사이에 의무의 발생원인이 법률상 공통되는 사례 또는 하나의 교통사고나 계약체결과정에서의 분쟁과 같은 동일한 사실관계에 기인한 구체적 분쟁 사례 등에서 확인될 수 있었다.

제 3 장 비교법적 연구

제 1 절 미국의 제3자 반소제도

I. 제3자를 추가하는 형태의 반소(Counterclaim Against Third Party)

1. 의의

연방규칙 제13조(h)는 당사자의 추가적 병합(Joining Additional Parties)라는 표제 하에 “반소에서 당사자를 추가하는 경우(addition of a person as a party to a counterclaim)에 대해서는 연방규칙 제19조와 제20조에 의한다”고 규정하고 있다. 연방규칙은 이 규정에 근거해 제3자를 추가하는 형태의 반소를 인정하고 있다. 연방규칙 제19조는 당사자의 강제적 병합(Compulsory Party Joinder)에 관한 내용이고, 연방규칙 제20조는 당사자의 임의적 병합(Permissive Party Joinder)에 관한 내용이다. 따라서 당사자를 추가하는 형태의 반소를 제기하기 위해서는 당사자의 임의적 병합 또는 당사자의 강제적 병합에 관한 요건을 충족해야 한다.

그런데 우리나라 민사소송법이 반소에 의할 것인가, 별도의 소에 의할 것인가는 원칙적으로 피고의 자유선택에 맡기는 것과 달리 미국의 반소 제도는 원고 청구와의 관련성에 따라 반소 청구로 주장하지 않을 경우에는 별소로도 청구할 수 없는 강제 반소와 반소로 주장하지 않더라도 별소 제기를 통해 주장할 수 있는 임의 반소로 구분된다. 제3자를 추가하는 형태의 반소 제도를 살펴보기에 앞서 강제적 반소{compulsory counterclaim : (a)}, 임의적 반소{permissive counterclaim : 연방규칙 제13조 (b)}에 대해 간단히 검토한 후 제3자를 추가하는 형태의 반소의 요건인 ‘당사자의 강제적 병합과 당사자의 임의적 병합’에 대해 알아보

도록 하겠다.

2. 강제적 반소와 임의적 반소

가. 강제적 반소

강제적 반소란 소를 제기당한 당사자가 상대방에 대해 반소를 통해 자신의 권리를 주장하지 않을 경우 이후 별소를 제기하여 동일한 권리 주장을 하지 못하게 되는 차단효과 발생¹⁶⁾하는 결과 반소 제기가 강제되는 경우를 가리킨다. 연방규칙 제13조(a)는 “소를 제기받은 당사자는 (A) 반대 당사자의 소송의 대상(subject matter of the opposing party’s claim)이 본소 청구와 동일한 거래 또는 사건으로부터 야기된 청구이고 (B) 법원이 자신의 관할에 속하는 제3자를 추가하는 것이 필요하지 않은 경우에는 반소의 형태로 주장되어야(must) 한다”고 강제 반소에 관해 규정하고 있다.

연방규칙에 의해 원고의 본소 청구와 동일한 거래(transaction) 또는 사건(occurrence)으로부터 발생한 청구권이 강제 반소의 소송목적이 된다. 동일한 거래 또는 사건에 대해서 미국 법원은 i) 강제 반소규정이 존재하지 않는 경우 판결의 효력(res judicata)에 의해 피고의 후소 청구가 금지될 수 있는지 여부¹⁷⁾ ii) 본소 청구와 반소 청구에 의해 제기된 사실상 쟁점과 법적 쟁점이 대체적으로(largely) 동일한지 여부¹⁸⁾ iii) 피고의 반소 청구 뿐 아니라 원고의 본소 청구도 실질적으로 동일한 증거로 유지 또는 배척할 수 있는가¹⁹⁾ iv) 본소와 반소 청구간의 논리적 관련성

16) Wright & Kane, Federal Courts(6th ed. 2002), p570.

17) Libbey-Owens-Ford Glass Co. v. Sylvania Indus. Corp., 154 F. 2d 814, 816(2d Cir. 1946)

18) Whigham v. Beneficial Finance Co. of Fayetteville, Inc., 599 F. 2d 1322(4th Cir. 1979) ; Connecticut Indem. Co. v. Lee, 168 F. 2d 420, 423(1st Cir. 1948)

19) Columbia Plaza Corp. v. Security Nat. Bank, 525 F. 2d 620(D. C. Cir 1975) ; Non-Ferrous Metals, Inc. v. Saramar Aluminum Co., 25 F.R.D.

(logical relationship)이 존재하는가²⁰⁾라는 네 가지 구체적 기준을 판시하였다.²¹⁾ 강제 반소의 요건을 긍정한 사례들로는, 석유 관련 증권을 판매하는 자가 피고가 그의 증권판매와 관련해 명예훼손을 하였다는 이유로 손해배상을 청구한 사안에서 피고가 ‘원고가 가치가 없는 증권을 판매하였음’을 이유로 대금의 반환을 구하는 반소를 제기하는 경우²²⁾, 원고인 병원이 치료비를 지급하는 본소 청구에 대해 환자가 병원에 대해 의료과실을 이유로 한 손해배상을 청구하는 반소를 제기하는 경우²³⁾가 있다.

거래 또는 사건의 동일성 요건을 충족한 경우라도 하더라도 강제 반소의 예외사유를 충족하는 한 반소가 강제되지 않는다. i) 원고의 소 제기시에 이행기가 도래하지 않은 청구권을 반소로 청구할 경우²⁴⁾ ii) 피고가 원고가 제기한 소에 대해 각하신청을 하여 인용된 경우와 같이 실체관계에 대한 심리로 나아가지 않아 피고가 자신의 청구권에 대해 주장할 기회가 가지지 못한 경우²⁵⁾ iii) 원고의 소 제기시에 피고가 제기한

102, 105(N.D. Ohio 1960)

20) *Revere Copper & Brass Inc. v. Aetna Cas.& Sur. Co.*, 426 F. 2d 709(5th Cir. 1970)

21) 첫 번째 기준에 대해서는 강제 반소에 관한 요건의 추상성의 문제가 판결의 효력에 관한 요건의 추상성의 문제로 전환되며 강제적 반소 규정이 존재하지 않는 경우에는 판결의 효력에 의해 후소 청구가 차단되는 경우는 거의 존재하지 않는다는 비판이, 두 번째 기준에 대해서는 쟁점의 동일성을 요구하는 한 강제적 반소가 허용되는 범위가 지나치게 협소해진다는 점과 완전한 동일성을 요구하지 않게 되면 어느 정도 쟁점의 공통이 존재해야 하는지에 관한 기준의 추상성 문제가 야기된다는 비판이, 세 번째 기준에 대해서는 본소 청구와 동일한 사건으로부터 발생한 반소 청구이지만 실질적으로 다른 증거에 기반해있는 유형이 전부 배제된다는 비판이 제기된다. 이에 대한 자세한 내용으로는 Jack H. Friedenthal, Mary Kay Kane & Arthur R. Miller, op.cit., p370-372.

22) *Albright v. Gates*, 362 F 2d 928(9th Cir. 1966)

23) *Geisinger Medical Center v. Gough*, 160 F.R.D. 467(M.D.Pa. 1994)

24) *Harbor Insurance co. v. Continental Bank Corp.*, 922 F. 2d 357, 360(7th Cir. 1990)

25) Baicker-McKee-Janssen-Corr, 『Federal Civil Rules Handbook』 (ST.PAUL, MN:west Group, 1999) p306.

소의 소송물로 피고의 원고에 대한 청구권이 다루어지는 경우에는 그 청구권에 대해서는 반소가 강제되지 않는다.²⁶⁾

나. 임의적 반소

임의적 반소는 당사자가 본소 청구와 동일 절차에서도 제기할 수 있으나 반소를 제기하지 않았을 경우에는 별소를 통해 청구할 수 있다는 점에서 강제적 반소와 구분되는 형태의 반소이다. 연방규칙 제13조(b)는 “소를 제기받은 당사자는 상대방 당사자에 대하여 강제 반소상 청구가 아닌 어떠한 청구(any claim that is not compulsory)에 대하여 반소를 제기할 수 있다”고 규정하고 있다.

임의적 반소의 대상은 ‘본소 청구와 다른 거래 혹은 사건으로부터 발생한 청구’이며 본소 청구와 반소 청구간의 논리적 관련성이 흠결되어도 피고는 그 청구를 반소 청구의 대상으로 삼을 수 있다. 이렇듯 임의 반소는 ‘강제 반소의 대상이 되는 청구권 이외의 모든 청구권’을 소송의 대상으로 삼을 수 있는 포괄적인 요건을 규정한다.²⁷⁾

임의적 반소에 관한 연방규칙 제13조(i)는 동 연방규칙 제42조(b)에 따라 심리의 편의를 기하고 불이익을 피하기 위해 또는 사건의 신속하고 효율적인 처리를 위해 반소에 대해서 법원은 분리 심판을 명할 수 있다고 규정한다. 임의적 요건이 광범위하게 인정될 경우 심리상 혼란이 초래되거나 본소 청구에 대한 판결이 현저히 지연되는 문제점을 법원이 재량으로 분리심판을 할 수 있도록 함으로써 해결하고 있는 것이다.

3. 당사자의 추가적 병합과 반소

연방규칙 제13조(h)가 당사자를 추가하는 형태의 반소에 대해서는 동 연방규칙 제19조와 제20조가 규율한다고 규정하고 있는 만큼 당사자를

26) 손한기, “미국연방민사소송에 있어서의 반소와 횡소에 관한 연구”, 『연세법학연구』, 2001. 126-127면.

27) 손한기, 전제논문, 135면.

추가하는 형태의 반소 제도를 살펴보기 위해서 그 전제로서 당사자의 강제적 병합(제19조)과 임의적 병합(제20조)을 검토할 필요가 있다.

가. 당사자의 강제적 병합

(1) 강제적 병합의 의의

연방규칙 제19조는 공정한 판결(just adjudication)을 위해 소 외 제3자에 대해 추가적 병합이 강제되는 유형을 규정하고 있다. 동 연방규칙 제19조(a)는 소송의 당사자로 병합되어야 하는 필수적 당사자(necessary party)의 요건을 규정하고 제19조(b)는 그러한 병합이 불가능한 경우 법원의 조치 - ‘형평과 양식’에 따라 소송을 계속 진행할 것인지 아니면 소를 각하할 것인지 - 를 규정하고 있다.²⁸⁾ 당사자의 강제적 병합이 인정되기 위해서는 당사자를 병합함으로써 소송경제를 촉진할 수 있다는 점만으로는 부족하고 당사자의 강제적 병합이 되지 않은 상태에서 소송이 진행되면 재판이 결과가 소송당사자나 그 병합 대상자의 권리나 이익을 해칠 가능성이 있어야 한다.

(2) 강제적 병합의 요건

i) 제3자가 병합되지 않으면 기존 당사자들에게 완전한 권리구제를 할 수 없는 경우(cannot accord complete relief among existing parties; 연방규칙 제19조(a)(1)(A)), ii) 제3자가 소의 대상과 관련된 이익에 대한 청구를 하고 그 청구와 소의 대상이 매우 밀접하게 관련되어 있어서 만약 제3자가 병합되지 않을 경우 실제로 이익을 보호할 제3자의 이익을 악화(impair)시키거나 지연(impede)시키는 경우(제19조(a)(1)(B))

28) 미국 연방규칙의 강제적 병합 제도에 대해 소송당사자 만이 아니라 소송외 제3자의 이익보호에도 관심을 두므로써 분쟁당사자들에 대한 공정한 판결을 통한 분쟁해결에 기여한다는 견해로는 김상균, “미국연방민사소송규칙상의 당사자병합”, 『청주법학』 30권 2호, 2008, 82-83면.

(i)) 이거나 iii) 기존 당사자들에게 복수, 다중, 또는 모순된 의무를 초래할 수 있는 실질적 위험이 발생하는 경우(제19조(a)(1)(B)(ii))에는 제3자는 강제적으로 병합된다.

i) 요건과 관련하여 문제되는 것은 이 요건에 의해 단일한 소송에서 완전한 권리구제를 가능케함으로써 권리자의 판결을 통한 권리실현이 보장되고, 사법시스템의 전체적 효율성을 증진되지만 소송경제라는 관점으로 이 요건을 판단해서는 안된다는 것이다. 예를 들어, A가 X를 상대로 매매대금의 반환을 구하는 소를 제기하자 X가 그 매매계약과 관련하여 동일한 사건관계에서 공동불법행위에 기한 손해배상을 구하기 위해 A와 함께 B를 강제적으로 병합하는 형태의 반소를 제기할 수는 없다. 왜냐하면 공동 불법행위자 중 1인을 상대로 소를 제기하더라도 손해액 전체가 배상될 수 있기 때문에 ‘제3자가 병합되지 않을 경우 완전한 권리구제를 할 수 없는 경우’에 해당하지 않기 때문이다.

제3자의 이익을 침해할 우려가 있는 경우에 관한 ii)요건에 대해서는 ‘침해’의 의미가 문제된다. 이때 ‘제3자의 침해 우려’는 ‘법률상 침해’가 아닌 ‘실제적인 침해’가 기준이 된다. 예를 들어, 보험회사인 제3자는 보험책임 한도액이 있는 보험증권에 이해관계를 가지는데 판결의 효력을 받지 않는더라도 재판의 결과에 따라 책임한도액이 소진될 우려가 있는 경우에는 제3자의 병합이 강제된다. 다만 이러한 침해 우려에 대해서는 단순히 잠재적인 위험이 있다는 것만으로는 그 우려가 인정되지 않는다.

기존 당사자들에게 복수의 의무 또는 모순된 의무를 초래할 실질적 위험에 관한 iii) 요건도 ii)요건과 마찬가지로 그 위험이 ‘실제적 위험’이 기준이 된다. 예를 들어, Hass v. Jefferson National Bank of Miami Beach 사건의 경우 Hass와 Alveck은 공동으로 주식을 발행할 것을 약정하였는데 Hass는 주식을 은행이 발행할 때 자신의 지분율인 2분의 1에 해당하는 부분의 주식이 자신의 명의로 발행되도록 Alveck이 은행에게 지시하도록 부탁하였다. 그러나 주식 전부가 Alveck의 명의로 발행되자 Hass는 2분의 1 부분만큼은 자신에게 소유권이 있음을 이유로 은행을 상대로 소를 제기하였다. 이때 연방항소법원은 Alveck은 소송의 당사

자가 아닌 이상 Hass와 은행 사이의 판결의 효력이 미치지 않지만 은행을 상대로 자신이 주식 전부의 소유자임을 이유로 별소를 제기할 수 있기 때문에 은행으로서는 이중 책임에 처할 위험이 존재하므로 Alveck도 당사자로 강제병합되어야 한다고 판시하였다.²⁹⁾

(3) 강제적 병합의 요건에 해당하지 않는 경우 법원의 조치

법원은 강제적 병합이 불가능할 경우 ‘형평과 양식에 기초하여(in equity and good conscience)’ 제3자의 병합 없이도 소를 계속 진행할 수도 있고, 강제적 병합의 요건을 충족하지 못하여 제3자가 병합될 수 없지만 소를 계속 진행할 경우 제3자와 당사자가 불이익을 입게 된다고 판단되는 경우에는 소를 각하할 수 있다.

(4) 강제적 병합의 절차

제3자를 원고로 병합하기 위해서는 원고로서 소를 강제하는 것은 일반적으로 허용되지 않기 때문에 그 제3자의 동의가 필요하다. 그에 반해 제3자가 피고측에 병합되는 경우에는 제3자의 동의를 요하지 않는다. 다만 소의 대상에 대한 제3자의 이해관계에 비추어 볼 때 병합의 필요성이 매우 큰 경우에는 법원은 제3자가 동의하지 않을 경우 제3자를 비자발적 원고(involuntary plaintiff)로의 병합 또는 피고로의 병합을 명할 수 있다. 피고로 병합된 후에는 원고로 재조정(realign)할 수 있다. 다만 비자발적으로 피고로 병합된 제3자와 최초 원고의 이해가 상반되는 적대적 상태에 있다면 제3자는 원고로의 재조정이 허용되지 않는다. 예를 들어, 회사의 주주가 회사 대표의 불법행위로 인해 회사에 손해가 발생하였다는 점을 이유로 손해배상을 구하는 소를 주주대표소송의 형태로 제기하였다면 회사는 그 대표가 주주와 적대적 소송상 지위에 있기 때문에 원

29) Hass v. Jefferson National Bank of Miami Beach, 442 F.2d 394(5th Cir. 1971)

고로의 재조정이 허용되지 않는다.

법원은 직권으로 제3자의 병합을 명할 수도 있고, 항소심에 이르러서도 병합을 명할 수 있다.³⁰⁾ 또한 제3자의 강제적 병합 흠결을 이유로 한 소각하는 본안판단에 관한 것이 아니므로 제3자의 후소제기에 대해서는 어떠한 불이익도 되지 않는다.

(5) 강제적 병합의 요건을 충족한 반소

피고가 불가결한 제3자를 병합하지 않고 원고만을 상대로 반소를 제기할 경우 법원은 원칙적으로 소를 각하하는 판결을 선고한다. 예를 들어, 신탁재산에 대해 수인의 수탁자가 있는데 그 중 일부가 신탁재산관리인에게 신탁재산에 관한 소를 제기하였다. 신탁재산의 처분·변경은 수탁자 전원의 동의를 받지 않으면 효력이 없으므로 신탁재산관리인은 소송의 원고인 수탁자 뿐 아니라 신탁재산에 관한 나머지 수탁자들도 반소피고로 추가하는 형태의 반소를 제기해야 하고 수탁자 중 일부가 반소의 상대방이 되지 않은 반소는 당사자 중 일부 흠결로 인해 법원은 소전부에 대해 각하판결을 선고한다.

나. 당사자의 임의적 병합

당사자의 임의적 병합은 연방규칙 제20조에 의해 소의 대상에 대해 제3자가 일정한 이해관계가 있는 경우 원고의 선택에 따라 원고 또는 피고에 추가될 수 있는 형태의 병합을 의미한다. 임의적 병합을 하기 위해서는 원고의 청구 또는 피고에 대한 청구가 동일한 거래 또는 사건에서 발생하였고 기존 당사자와 병합되는 3자간 공동되는 법률상·사실상 문제가 존재해야 하며, 법원이 병합되는 당사자에 대한 재판권을 행사할 수 있어야 한다.

30) *Provident Tradesmens Bank & Trust Co. v. Patterson*, 390 U.S. 102, 110-11, 88 S. Cr. 733, 739, 19 L.Ed. 2d 936(1968).

(1) 임의적 병합의 요건

i) 동일한 거래 또는 사건으로부터 권리가 발생하였을 것이라는 요건은 전술한 강제 반소의 요건과 동일한 요건이다. 따라서 당사자가 주장하는 권리와 임의적 병합으로 추가되는 제3자간의 권리 사이에 논리적 관련성이 있는 경우에는 원고측에서는 피고측에 제3자를 병합할 수 있고, 피고측에서는 원고에 대해 강제 반소를 제기하는 동시에 제3자에 대해서도 반소의 당사자로 병합할 수 있다.

ii) 기존당사자와 병합되는 제3자에게 사실상 또는 법률상 공통 문제가 존재할 것에 관한 요건과 관련해서는 우선 ‘공통성의 정도’가 문제된다. 당사자들과 병합되는 제3자 사이에서 법률상·사실상 문제에 대한 완전한 공통성은 요구되지 않으며 ‘적어도 하나(at least one of)’의 공통쟁점이 존재하면 족하다. 그리고 공통되는 쟁점에 대해서는 반드시 다투어지는 쟁점일 필요가 없으므로, 그 쟁점에 대해 당사자가 자백하는 등의 이유로 다투어지지 않았더라도 임의적 병합에 의해 당사자가 추가될 수 있다.

법률상 공통성에 대해서는 미국 연방법원은 소송상 심리의 대상이 된 특정한 청구로부터 발생하는 법률상 문제를 의미하는 것이지, 법률상 일반원칙들로부터 발생하는 법률문제를 포함하지 않는다고 판시하면서 법률상 일반원칙으로부터 발생하는 법률문제도 포함한다고 해석할 경우 채권자는 금전채무의 지급을 구하는 소송에서 자신의 모든 채무자를 병합하는 것이 가능해지는 부당한 결과가 발생한다고 하였다.³¹⁾

(2) 임의적 병합의 절차

당사자의 임의적 병합은 소송경제를 도모하려는 목적 하에서 임의적 병합을 충족한 1인의 원고 또는 수인의 원고들은 1인의 피고 또는 수인

31) Federal Housing Administrator v. Christianson, 26 F.Supp. 419(D.Conn. 1939)

의 피고들에 대하여 공동으로(jointly)/ 각자(severally) 자신의 청구를 주장할 수 있다.

청구를 각자 주장한다는 의미는 교통사고에서 교통사고의 피해자들이 하나의 소송에서 가해자를 상대로 불법행위를 원인으로 한 손해배상청구의 소를 제기할 수 있다는 것이다. 교통사고의 피해자가 가해자를 상대로 한 청구는 각자 개별적인 청구인데 이를 하나의 소송에서 주장할 수 있다는 것이다. 따라서 반소를 제기할 때에도 반소원고는 전술한 ‘사실상·법률상 공통성’ 및 ‘거래 또는 사건의 동일성’을 충족한 원고의 피고들에 대한 각각의 개별적인 청구들을 병합할 수 있게 되고 그 결과 당사자에 대한 추가적 병합이 발생한다.

(3) 당사자 병합 요건을 흠결할 경우 법원의 조치

연방규칙 제21조에 의하면 당사자 병합의 요건을 흠결하거나 관할권이 흠결될 경우 법원은 소를 각하하는 것이 아니라(not a ground for dismissing an action) 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 소송이 어느 단계에 있더라도 병합요건을 흠결한 당사자의 청구를 분리할 수 있다. 연방대법원은 항소심에서 병합된 당사자에 대한 관할권의 흠결이 인정된 경우에는 법원은 소를 각하하지 말고 당사자를 소송에서 배제할 수 있다고 판시하였다.³²⁾

(4) 임의적 병합의 요건을 충족한 반소

임의적 병합이 법률상 또는 사실상 공통성이라는 요건과 동시에 거래 또는 사건의 동일성이라는 요건을 충족해야 한다는 점을 고려하면 이는 우리나라 민사소송법 제65조의 소송목적이 되는 권리 또는 의무가 법률상 같은 원인으로 말미암아 발생하는 경우와 매우 유사하다고 할 것이

32) Newman-Green Inc. v. Alfonzo-Larrainm 490 U.S. 826, 109. S.Ct. 2218, 104 L.Ed 2d 893(1989)

다. 예를 들어, 비행기 사고라는 동일한 사건으로 인해서 사망과 부상이라는 결과가 발생한 경우 사망자의 유족이나 부상자들은 임의적 병합의 대상이 될 수 있다. 따라서 만약 단일한 사건을 원인으로 발생한 의무를 부담하는 자들 중 일부를 상대로 반소를 제기하는 경우 나머지 의무자들을 반소의 당사자로 추가적으로 병합하는 것이 허용된다.

따라서 미국 연방규칙의 반소 중 당사자의 임의적 병합의 요건을 충족한 반소의 경우에는 우리나라 민사소송법 제65조의 공동소송인 관계에 있는 자들을 상대로 한 반소를 제기하는 경우를 포함하는 개념으로 볼 수 있다.

II. 미국 제3자 반소제도의 시사점

미국 반소제도의 특징은 연방규칙 13조(a)에 본소 청구와 동일한 거래 또는 사건으로부터 발생한 청구를 반소를 제기하는 방법으로 주장하지 않으면 별소를 제기하는 것이 금지된다고 규정하고 동조 (b)에 본소의 청구와 동일한 사건 또는 거래로부터 발생하지 않는 청구에 대해서도 반소를 제기할 수 있다고 하여 임의 반소를 규정하고 있다는 것이다. 미국 반소제도의 규정체계는 우리나라 민사소송법의 반소제도와 전혀 대응되지 않는다. 미국의 경우 피고는 본소 청구와 다른 거래 또는 사건으로부터 발생한 청구에 대해서도 반소를 제기할 수 있다. 예를 들어, 원고가 피고를 상대로 불법행위에 기한 손해배상청구를 주장하여 소를 제기하였을 때 피고는 그 불법행위가 발생한 시간과 장소와 다른 시간과 장소에서 발생한 계약에 근거한 청구를 반소를 제기하는 방법으로 주장할 수 있고 이 반소는 임의적인 것으로 취급될 뿐이다.³³⁾ 우리나라에서는 이러한 반소는 반소요건의 흠결로 분리하여 심판될 것이지만 미국은 임의 반소의 경우 본소 청구와 반소 청구 사이의 관련성 자체를 요구하지 않으므로 일단 그 반소는 본소절차와 동일한 절차에서 심판하게 된다. 다만 미국은 연방규칙 13조 (i)에서 심리에 혼란이 초래되거나 본소 청구에

33) Baicker-McKee-Janssen-Corr, op.cit. p. 309.

대한 판결이 지연되는 경우에 법원이 재량으로 분리심판할 수 있다고 규정하여 법관에게 광범위한 재량권을 부여하고 있다. ‘본소 청구와의 관련성 여부를 불문하고 반소제기를 허용’한 다음에 법관의 재량에 따라 분리심판여부를 결정하는 미국 반소제도와 ‘본소 청구와 반소 청구의 관련성’을 반소요건을 하여 그 요건이 불비되었다는 항변이 이유가 있으면 분리심판해야 하는 우리나라 반소제도는 규정의 체계부터 다르다.

다음으로 우리나라 민사소송법에서 반소의 제기 여부는 피고의 자유 의사에 달려있다. 따라서 우리 법상 반소에 의할 수 있는 청구를 별소로 제기하였더라도 그 별소를 금지하는 규정은 없다. 그러나 미국의 연방규칙에 따르면 ‘동일한 사실관계’에 기인한 청구는 반드시 반소제기의 방법에 의해서만 주장되어야 한다. 우리나라 민사소송법은 ‘피고는 ...반소를 제기할 수 있다’고 명문으로 규정하여 반소제기를 의무로 볼 수 없을 뿐 아니라, 반소제기를 강제함으로써 분쟁을 일회적으로 해결할 수 있는 이익보다 반소를 제기하지 못한 경우 반소를 통하여 주장할 수 있었던 청구를 별소제기를 통해 주장할 수 없게 됨에 따른 피고의 불이익이 더 크다. 원고 및 제3자에 대한 청구를 반소로 주장할 것인지 여부는 피고의 의사에 달려 있다. 미국 연방규칙에서 강제 반소에 관해 규정하고 있는 것과 달리 우리나라는 반소의 제기가 강제되는 경우에 관한 명문규정이 존재하지 않으므로 강제 반소를 허용할 수는 없다.³⁴⁾

마지막으로 미국은 동일한 당사자 사이에 같은 청구의 반복을 금지하는 판결의 효력을 의미하는 Res Judicata의 경우 청구의 동일성을 판단

34) 강제적 반소에 해당하는 청구를 반소로 제기하지 못한 경우에는 별소를 제기하여 다시 주장할 수 없게 되므로 반소로 청구하지 못한 당사자에게 매우 가혹한 결과를 초래하며 미국에서는 쟁점효 등에 의하여 기판력이 확장되는 범위가 우리보다 크고, 이를 바탕으로 강제적 반소의 대상이 되는 청구에 대하여도 기판력이 미치며, 그 대상이 되는 청구는 본소와 함께 심리·재판하도록 강제할 수 있는데 반해 우리 민사소송법에 있어서는 임의적 반소의 모습만 인정될 수밖에 없다는 견해로는 강태원, “미국 민사소송 절차에서 반소의 제기가 강제되는 경우”, 『민사소송』, 제10권 제2호, 2006, 289면.

함에 있어 거래(transaction)가 동일한지 여부를 기준으로 하면서 미국 연방 규칙에서 반소(Counterclaim), 횡소(Cross-claim), 제3자 인입소송(Impleader) 등으로 인하여 양 당사자가 단일 소송절차 내에서 복수의 청구와 다수 당사자와 관련된 분쟁을 해결할 기회를 보장받게 됨에 따라 분쟁을 한꺼번에 처리할 수 있음에도 그렇게 하지 않은 데 대한 제재적 의미로 Res Judicata를 확대 적용하고 있다고 한다.³⁵⁾ 미국 민사소송에서 청구가 동일한가는 하나의 사건이나 거래에서 발생한 청구인가 아니면 별개의 사건이나 거래에서 발생한 청구인지에 따라 판단하는데 이를 거래의 동일성 원칙(same transaction test)이라 한다. 거래의 동일성을 판단할 때 ‘심리의 편리성, 거래관행, 당사자의 기대’까지 고려한다.³⁶⁾ 분쟁이 하나의 소에서 해결될 수 있다면 그 소송절차에서 해결되어야 하고, 그 소송절차 내에서 해결하지 못하였다면 별소를 제기할 수 없다는 Res Judicata와 우리나라 기판력 제도는 다르다. 우리나라에서 기판력의 객관적 범위를 정하는 기준은 소송물 이론에 근거하는데 미국에서는 청구의 동일성을 판단하면서 시간, 장소, 원인 뿐 아니라 동기(motivation)까지 포함하여 다의적·기능적으로 접근하는 시각을 가지고 있어 청구의 동일성을 판단하는 관점부터 다르다. 또한 미국은 원고가 특정한 거래와 관련된 소송에서 승소한 경우에는 그 거래에 관해 그가 제기하였거나 제기할 수 있었던 모든 청구는 승소판결에 흡수된다는 흡수효(merger)와 원고가 특정한 거래와 관련된 소송에서 패소한 경우 원고가 그 거래에 관해 제기하거나 제기할 수 있었던 모든 청구를 후소에서 주장할 수 없다는 배제효(bar)를 판결의 효력의 내용으로 보는데, 우리나라의 경우 판결의 효력은 소송의 대상이 된 청구의 당부에만 미치고 그 청구에 대한 승소판결이 관련된 청구를 흡수한다거나 패소판결이 후소에서 관련된 청구의 주장을 배제하는 효력은 없다.

본소 청구와의 관련성 여부를 불문하고 반소제기를 허용하는 미국의 반소제도와 본소 청구와의 관련성을 명문으로 반소요건으로 규정한 우리

35) 정영환, “미국민사소송법상의 판결의 효력(1) -좁은 의미의 Res Judicata를 중심으로-”, 『안암법학』 33. 2010, 290면.

36) Jack H. Friedenthal, Mary Kay Kane & Arthur R. Miller, op.cit., p666.

나라 반소제도는 요건에서부터 분명한 차이를 보이는 점, 미국 연방규칙 13조(a)에서는 일정한 경우 반소를 강제하고 반소 제기를 통해 주장할 수 있었던 청구에 대해서는 별소 제기를 금지하는 강제 반소는 피고의 반소 제기의 자유를 침해하는 점, 우리나라는 소송물이론에 근거해 판결의 효력이 미치는 범위를 결정하는 데 반해 미국은 개별적인 사건에서 관행이나 당사자의 의사 등을 기능적으로 고려하여 판결의 효력을 판단하는 기준 자체가 다르다는 점을 고려하면 미국의 반소제도를 우리나라에 도입할 수 없다고 판단된다.

제 2 절 독일의 제3자 반소제도

I. 제3자 반소(Drittwiderklage)³⁷⁾

1. 제도의 의의 및 연혁

독일 민사소송법 제33조는 반소의 특별재판적(Besonderer Gerichtsstand der Widerklage)이라는 표제 하에 제1항에서 “반대청구가 본소송에서 주장된 청구 또는 제출된 방어방법과 관련이 있는 경우에는 본소가 계속된 법원에 반소를 제기할 수 있다”³⁸⁾고 반소의 요건에 관해 규정하고 있다. 그런데 소의 당사자가 아닌 제3자를 상대로 반소를 제기하거나 당사자가 아닌 제3자에 의하여 반소가 제기되는 반소의 특수한 형태인 ‘제3자 반소’에 관해서는 독일 민사소송법에 명문으로 규정되어 있지 않아 문제된다.

37) 당사자 추가적 반소(partieerweiternde Widerklage)라고도 한다.

38) § 33 Besonderer Gerichtsstand der Widerklage

(1) Bei dem Gericht der Klage kann eine Widerklage erhoben werden, wenn der Gegenanspruch mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruch oder mit den gegen ihn vorgebrachten Verteidigungsmitteln in Zusammenhang steht.

과거 프로이센 법(Preußen Allgemeine Gerichtsordnung)은 본소의 당사자들 사이에서만 반소가 행해지는 것이 원칙이지만 원고에 대한 청구와 피고의 제3자에 대한 청구가 동일한 거래에서 발생한 경우에는 제3자에 대한 반소를 예외적으로 허용하였다. 그러나 19세기에 제출된 제국의 법률안에서는 동일한 법원에서의 동일한 당사자들 사이의 반대청구에 관하여 반소를 제기할 수 있는 것으로 제한하였고, 제3자에 대한 반소나 제3자에 의한 반소는 허용하지 않았다. 그리고 이러한 맥락에서 독일 민사소송법의 입법자들은 반소의 당사자를 본소의 당사자로 제한하였다.³⁹⁾ 그러나 그 입법자들은 제3자 반소를 허용하지 않으려고 의도했던 것이 아니라 단순히 제3자 반소를 간과했던 것으로 평가된다.⁴⁰⁾

독일 연방대법원(BGH)은 1963. 10. 17. 판결⁴¹⁾에서 ‘반소의 개념’에 비추어 볼때는 반소원고는 본소피고이고 반소피고는 본소원고이어야 하지만, 독일 민사소송법 제33조의 반소의 특별재판적 규정은 관련이 있는 청구들에 관하여 중복심리를 피하는 것을 목적으로 하는데 상호 관련성이 있는 제3자를 상대로 한 반소도 동일한 목적을 가진다는 점을 근거로 피고가 원고와 제3자를 공동소송인으로 하여 반소를 제기하는 것은 적법하다고 판시하였다.⁴²⁾ 독일의 판례는 피고가 원고와 제3자를 공동소송인

39) Jochen Schröder, “Widerklage gegen Dritte?”, AcP 164, 519ff.

40) Eberhard Wieser, “Zur Widerklage eines Dritten gegen einen Dritten”, ZZP 86, 36.

41) 이 판결의 소송경과를 간단히 살펴보면 다음과 같다.

원고가 피고를 상대로 매매대금 청구의 소를 제기하자 피고가 원고 및 매매계약 체결과정에 관여한 제3자를 상대로 사기를 이유로 한 손해배상청구의 반소를 제기한 사안에서 제1심은 반소는 동일 소송절차에서 원고에 대하여만 제기할 수 있는 것이고, 소 외 제3자를 상대로 제기할 수 없으므로 제3자에 대한 반소 부분을 부적법 각하하였다. 그러나 항소심인 제2심에서는 피고(반소원고)의 항소를 인용하였고 독일 연방대법원은 피고는 반소제기와 함께 통상의 원고인 지위를 취득하게 되어 임의적으로 당사자의 추가를 할 수 있는 지위에 있고 또한 법적으로 관련된 청구에 대해 동일 절차 내에서 심리(변론)·재판을 하는 것은 소송경제를 도모할 수 있다는 이유에서 제3자 반소의 적법성을 인정하였다.

으로 하는 공동소송적 제3자 반소(streitgenössische Drittwiderklage)의 경우에는 법률상 관련성(rechtlicher Zusammenhang)이 있고 당사자 추가(Parteierweiterung)의 요건을 갖춘 경우 원칙적으로 인정하고⁴³⁾, 원고를 공동피고로 하지 않고 오로지 당사자가 아닌 제3자만을 상대로 제기하는 독립적 제3자 반소(isolierte Drittwiderklage)의 경우에는 원칙적으로 적법성을 부정하고 예외적으로만 인정한다. 공동소송적 제3자 반소는 원칙적으로 허용된다는 것이 독일의 통설이다.⁴⁴⁾

제3자 반소의 유형은 i) 본소피고가 본소원고와 본소의 당사자가 아닌 제3자를 반소피고로 하여 제기하는 형태(공동소송적 제3자 반소) ii) 본소피고가 본소원고가 아니라 그동안 당사자가 아니었던 제3자만을 상대로 제기하는 형태(독립적 제3자 반소) iii) 본소피고가 제3자에 대하여 제기하는 것이 아니라 제3자가 원고에 대하여 제기하는 형태(제3자에 의한 제3자반소)로 나누어지는바 각각 목차를 나누어 검토하겠다.

2. 공동소송적 제3자 반소(streitgenössische Drittwiderklage)

가. 의의

공동소송적 제3자 반소는 원고의 피고에 대한 소송계속 중에 피고가 원고와 소의 당사자가 아닌 제3자를 반소피고로 추가하여 독일 민사소송법 제59조, 제60조 공동소송인으로 삼아 제기하는 반소를 의미한다.⁴⁵⁾ 이때 제3자란 본소의 당사자가 아닌 사람으로서 새로이 소송에 인입되는 자이다. 따라서 본소에 관여하고 있지만 당사자는 아닌 독일 민사소송법

42) BGH 40, 185=NJW 1964, 44.

43) BGH 40, 185; 131,76; 69, 37, 44.

44) Stein/Jonas/Roth, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 23. Aufl., 2014, §33 Rn. 41; Prütting/ Gehrlein/ Wern, ZPO Kommentar, 9. Aufl., 2017, Rn. 18.; Musielak / Voit, Grundkurs ZPO, 13. Aufl.(München., 2016) Rn. 326., Grunsky/Jacoby, Zivilprozessrecht, 15. Aufl(München, 2016) Rn. 329.

45) Stein/Jonas/Roth, a.a.O, §33 Rn. 41.; Zöller, ZPO Kommentar, 31. Aufl. 2016, §33 Rn. 20.; Musielak / Voit, a.a.O., Rn. 326.

제67조의 보조참가인, 피고측에 대한 보조참가인이나 독일 민사소송법 제74조의 피고지자로서 소송에 참가한 자와 같은 소송보조자 (Streithelfer)도 본소의 당사자가 아닌 이상 제3자로서 제3자 반소의 상대방이 될 수 있다.⁴⁶⁾

나. 판례 및 학설에 따라 인정되는 사례군

공동소송적 제3자반소는 판례와 통설에 의해 다음과 같은 사례들에서 인정된다.

i) 건축과정에서 건축업자가 소를 제기하여 작업에 대한 잔존 임금을 청구하자, 피고가 건축업자(Bauunternehmer)와 설계자(Architekten)를 공동소송인으로 설계상, 건축상 손해배상을 청구하는 반소를 제기하는 경우⁴⁷⁾

ii) 채권자가 채무자를 상대로 채권의 일부의 지급을 청구하는 소를 제기하면서 잔존 채권의 일부도 채권자 자신에게 귀속되고 나머지는 양도되었다고 주장하는데 피고가 원고 청구의 기각을 구하면서 채권자와 채권양수인을 상대로 잔존채권 중 ‘채권자가 자신에게 귀속된다는 부분’과 ‘양도되었다는 부분’의 부존재확인을 구하는 반소를 제기하는 경우⁴⁸⁾

iii) 매도인이 매수인을 상대로 매매대금 지급을 청구하는 소를 제기하자 피고인 매수인이 사기를 이유로 매매계약을 취소하였다고 주장하면서 ‘매도인과 매매계약체결 과정에 관여했던 제3자’에 대해서 손해배상을 청구하는 반소를 제기하는 경우⁴⁹⁾

iv) 은행과 대출계약을 체결하고 대출금을 수령하였던 채무자가 대출금을 전부 상환하였음을 이유로 은행을 상대로 담보로 제공하였던 자동차등록증의 반환을 청구하자 은행이 잔존 대출금이 남았다고 주장하면서

46) BGHZ 131, 76; Stein/Jonas/Roth, a.a.O., §33 Rn. 40; Prütting/ Gehrlein/ Wern, a.a.O., §33 Rn. 18.

47) Zöller, a.a.O., §33 Rn. 20.

48) BGHZ 69, 37 = NJW 1977. 1637.

49) BGHZ 40, 185 = NJW 1964, 44.

위 대출금에 대한 연대채무자인 원고의 부인인 제3자와 원고를 상대로 잔존 대출금 상환을 청구하는 반소를 제기하는 경우⁵⁰⁾

v) 상속재산과 관련된 소송에서 소 제기의 상대방인 공동상속인이 소송에 참가하지 않은 다른 공동상속인들을 상대로 반소를 제기하는 경우⁵¹⁾

vi) 상호 교통사고 사안에서 원고가 교통사고로 인한 손해배상을 청구하는 소를 제기하자 피고가 원고의 청구기각을 주장하면서 교통사고에 대해서는 ‘원고와 제3자’에게 전적인 책임이 있다는 이유로 그들에게 손해배상 청구를 구하는 반소를 제기하는 경우⁵²⁾

다. 요건

(1) 새로운 당사자 추가에 따른 적법요건

공동소송적 반소가 제기되면 소 외 제3자가 새로 소송에 인입되는 결과 당사자 추가(Parteiweiterung) 내지 당사자가입(Parteibeitritt)의 형태로 당사자의 변경(Parteiänderung)이 있게 된다.⁵³⁾ 독일 연방대법원의 판결⁵⁴⁾에 따르면 새로운 당사자의 추가(Parteierweiterung)는 청구의 변경(Klageänderung)으로 취급된다. 독일 민사소송법 제263조는 청구의 변경에 대해서 아래와 같이 규정되어 있다.

§ 263 Klageänderung	제263조(청구의 변경)
Nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit ist eine Änderung der Klage zulässig,	소송계속 발생 후 피고의 동의나 법원이 적절하다고 인정하면 청구의 변경은 허용된다.

50) BGH NJW 2000, 1871.

51) BGH NJW 2008, 1516.

52) Grunsky/Jacoby, a.a.O., Rn. 329.

53) Stein/Jonas/Roth, a.a.O., Rn. 42.

54) BGHZ 40, 185; 131, 76.

wenn der Beklagte einwilligt oder das Gericht sie für sachdienlich erachtet.	
--	--

따라서 확립된 독일 연방대법원 판례⁵⁵⁾에 따르면 제3자 반소가 적법하기 위해서는 제3자 반소피고가 공동소송적 반소에 동의하거나, 법원이 그 반소가 적절하다고 판단해야 한다. 제3자 반소피고의 동의는 이의 없이 소송에 응하는 것으로 족하다.⁵⁶⁾ 제3자 반소피고의 동의가 없는 경우 법원은 공동소송적 반소가 적절한지 여부에 대해 심사하는데, 적절성의 인정기준에 대해서 당사자의 추가를 제한하는 것이 새로운 소송을 초래하여 반소피고의 추가를 통해 당사자 사이의 분쟁의 종국적 해결이 촉진되고 새로운 소송을 예방하여 완전한 분쟁의 해결이 가능해지는 경우⁵⁷⁾ 적절성이 인정될 수 있다고 한다.

당사자 추가를 통해 소송에 참여하게 되는 제3자의 방어와 관련하여 발생할 수 있는 어려움(특히 제3자 반소피고가 증거조사에 관여하지 않았던 것과 관련하여)을 독일 연방대법원은 증거조사 보충 또는 반복의 요구와 같은 당사자 추가 시에 인정되는 방법을 통해 해결한다.⁵⁸⁾

이러한 원칙들은 제1심에서 적용되며 항소심에서는 법원이 적절하다고 인정하는 판단만으로는 제3자 반소를 제기할 수 없고 반드시 제3자 반소피고의 동의가 필요하다. 다만 제3자 반소피고의 동의 거부가 권리남용에 해당하는 경우에는 그가 동의하지 않는 경우라 하더라도 제3자 반소의 제기가 허용될 수 있다고 한다.⁵⁹⁾ 항소를 하지 않은 당사자가 부대항소의 방법으로 제3자를 소송에 인입시키는 것은 허용되지 않는다.⁶⁰⁾

55) BGHZ 131, 76

56) BGH NJW 1975, 1228; Stein/Jonas/Roth, a.a.O., §33 Rn. 42.

57) Stein/Jonas/Roth, a.a.O., §33 Rn. 41.

58) BGHZ 131, 76,

59) BGH NJW-RR 1990, 1267; Stein/Jonas/Roth, a.a.O., §33 Rn. 42.; Zöller, a.a.O., §33 Rn. 23, 항소심에서도 법원의 적절성 인정 판단도 반소제기의 적법요건이 될 수 있다는 견해로는 OLG Schleswig MDR 1992, 406.

60) BGH NJW 1995, 198.

(2) 공동소송의 적법요건

공동소송적 제3자 반소는 소 외 제3자에 대한 소송인입이 이루어지게 되어 본소 원고와 제3자 반소피고 사이에는 공동소송이 성립한다.⁶¹⁾ 그러므로 공동소송적 제3자 반소가 적법하기 위해서는 독일 민사소송법 제59조, 제60조의 공동소송의 요건을 충족해야 한다. 독일 민사소송법 제59조, 제60조는 공동소송의 요건에 대해서 아래와 같이 규정되어 있다.

§59 Streitgenossenschaft bei Rechtsgemeinschaft oder Identität des Grundes Mehrere Personen können als Streitgenossen gemeinschaftlich klagen oder verklagt werden, wenn sie hinsichtlich des Streitgegenstandes in Rechtsgemeinschaft stehen oder wenn sie aus demselben tatsächlichen und rechtlichen Grund berechtigt oder verpflichtet sind.	§ 59(권리 의무의 공통 또는 원인의 동일성에 기한 공동소송) 수인이 소송의 대상(소송물)과 관련하여 권리 의무가 공통되거나, 사실상 또는 법률상 같은 원인으로 말미암아 권리나 의무가 있는 경우에는 수인이 공동소송인으로서 소를 제기하거나 제기당할 수 있다.
§60 Streitgenossenschaft bei Gleichartigkeit der Ansprüche Mehrere Personen können auch dann als Streitgenossen	§ 60(동종의 청구에 기한 공동소송) 소송의 대상(소송물)을 이루는 권리나 의무가 같은 종류의 것이고 사실상 또는 법률상 같은 종류의

61) Stein/Jonas/Roth, a.a.O., §33 Rn. 42.; , Becker-Eberhard, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, 5. Aufl., 2016., §33 Rn. 28.; Prütting/ Gehrlein/ Wern, a.a.O., §33 Rn. 18.; E. Wieser, ZZP 86, 40

gemeinschaftlich klagen oder verklagt werden, wenn gleichartige und auf einem im Wesentlichen gleichartigen tatsächlichen und rechtlichen Grund beruhende Ansprüche oder Verpflichtungen den Gegenstand des Rechtsstreits bilden.	원인으로 말미암은 경우에도, 수인이 공동소송인으로서 소를 제기하거나 제기당할 수 있다.
---	--

위 규정에서 볼 수 있듯이 독일 민사소송법 제59조는 공동소송의 요건에 관한 우리나라 민사소송법 제65조 전문에, 독일 민사소송법 제60조는 우리 민사소송법 제65조 후문에 해당한다.

(3) 제3자의 관할이익

제3자 반소의 허용 여부와 관련하여 가장 문제가 되는 것은 제3자의 관할이익이다. 즉, 제3자 반소피고에 대해서 반소가 제기된 본소법원에 대해 토지관할이 인정되는지 여부가 문제된다. 반소의 특별재판적에 관한 독일 민사소송법 제33조 규정은 ‘원고를 상대로 제기한 반소’ 뿐 아니라 제3자를 상대로 제기된 반소에 대해서도 적용되는지 여부에 대해서 명문으로 규정하지 않는다. 만약 제3자 반소피고가 본소법원에 대해 보통재판적 또는 특별재판적이 인정되는 경우라면 본소법원에 당연히 관할권이 인정된다.⁶²⁾ 그러나 제3자 반소피고가 본소법원에 재판적이 인정되지 않는 경우에 위 제33조 규정으로부터 제3자 반소피고에 대한 관할권이 인정될 수 있는지 여부가 문제되는 것이다.

종래 독일 연방대법원은 소송의 분산과 반복을 피하기 위해서 독일 민사소송법 제33조로부터 제3자 반소피고에 대한 재판적이 발생할 수 있다고 보았다.⁶³⁾⁶⁴⁾ 그러나 이후 판결에서 피고에 대해 소를 제기했던 원

62) BGHZ 147, 220 = NJW 2001, 2094

63) BGHZ 40, 185; NJW 1966, 1028; NJW 1984, 2104.

고와 달리 제3자는 피고를 본소법원에서의 절차로 끌어들이지도 않았고 원고와 피고 사이의 소송에 참가하지도 않았으므로 반소가 제기된 본소법원에 제3자에 대한 재판적은 반소의 특별재판적에 관한 독일 민사소송법 제33조에 의해 인정할 수는 없고 독일민사소송법 제36조 제1항 제3호에 따른 지정관할(Gerichtsstandsbestimmung)이 필요하다고 보았다.⁶⁵⁾ 독일 민사소송법에는 우리나라 민사소송법과 같은 내용의 관련재판적(Gerichtsstand des Sachzusammenhanges)이 규정되어 있지 않다. 따라서 본소법원에 보통재판적이나 특별재판적이 인정되지 않는 반소피고에 대해서는 “각기 다른 법원에 보통재판적을 가지는 수인에 대하여 수인의 보통재판적 중 하나에 공동소송이 제기되고 그 소송에 대하여 공통의 특별재판적이 발생하지 않는 경우 바로 위의 상급 법원이 관할법원을 정해야” 한다는 독일 민사소송법 제36조 제1항 제3호에 의해야 한다. 그러나 독일 연방대법원은 본소원고와 반소피고인 제3자 사이에 공통의 보통재판적 또는 특별재판적이 인정되는 경우에는 독일 민사소송법 제36조 제1항 제3호에 따라 상급법원이 관할을 지정할 수는 없고, 피고는 그 원고와 제3자 사이의 공통의 재판적이 인정되는 법원에 대해서만 소를 제기할 수 있다고 한다.⁶⁶⁾

64) 종래 학설도 제33조로 인한 반소피고에 대한 재판적의 발생을 긍정하였다. 그 근거에 대해서는 다음과 같다. i) 제3자에게 반소의 특별재판적을 인정하면 심판의 범위가 확대됨에 따라 본소절차가 지연될 수 있지만 원고를 상대로 반소를 제기한 경우에도 마찬가지이며 변론을 분리함으로써 대처할 수 있으므로 본소절차의 지연을 근거로 특별재판적의 적용을 배제할 근거는 될 수 없으며, ii) 무기평등의 원칙(내지 공평의 원칙)과 본소 청구와 주요쟁점을 공통으로 하는 관련성이 있는 반소 청구를 일거에 통일적으로 해결하기 위해서 특별재판적을 인정해야 한다. ; E. Wieser, ZZP 86, 42.

65) BGH NJW 1991, 2838; NJW 1992, 982; NJW 1993, 2120, BGH NJW-RR 2008, 1516

66) BHGH NJW 2000, 1871; 이 판례의 근거는 다음과 같다. 독일 민사소송법 제36조 제1항 제3호는 원고가 공통된 재판적이 없이 서로 다른 재판적을 가지는 수인의 피고에 대해 하나의 법원에 소를 제기할 수 있게 하기 위하여 합목적성 및 소송경제를 고려한 독일민사소송법 제12조의 예외 규정이다. 따라서 피고들 사이에 공통재판적이 있는 경우에까지 이 예외규정을 확

<p>§ 36 Gerichtliche Bestimmung der Zuständigkeit</p> <p>(1) Das zuständige Gericht wird durch das im Rechtszug zunächst höhere Gericht bestimmt: ...</p> <p>3.wenn mehrere Personen, die bei verschiedenen Gerichten ihren allgemeinen Gerichtsstand haben, als Streitgenossen im allgemeinen Gerichtsstand verklagt werden sollen und für den Rechtsstreit ein gemeinschaftlicher besonderer Gerichtsstand nicht begründet ist;</p>	<p>제36조(법원에 의한 관할의 지정)</p> <p>제1항 다음의 경우에 가장 가까운 상급법원이 관할법원을 지정한다. ...</p> <p>3. 수 개의 법원에 보통재판적을 가지는 수인이 공동소송인으로 제소되어야 할 경우에 그 소송에 관한 공통의 특별재판적이 존재하지 않는 경우</p>
<p>(3) Will das Oberlandesgericht bei der Bestimmung des zuständigen Gerichts in einer Rechtsfrage von der Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts oder des Bundesgerichtshofs abweichen, so hat es die Sache unter Begründung seiner Rechtsauffassung dem Bundesgerichtshof vorzulegen. In diesem Fall entscheidet der Bundesgerichtshof.</p>	<p>제3항 상급법원이 관할법원을 결정할 때 법률문제에 있어 다른 법원 또는 연방대법원의 판결과 다르게 판단하는 경우, 그 상급 법원은 법해석의 근거를 제시하여 그 사건을 연방대법원에 제청한다. 이 경우 연방대법원이 재판한다.</p>

대 적용할 수는 없다.

독일 연방대법원의 판례에 따르면 제3자 반소피고에 대해서도 재판적이 인정되는 경우는 다음 세 가지 경우이다. i) 제3자 반소피고가 본소 법원에 보통재판적 또는 특별재판적이 인정되지 않는 경우 ii) 반소 피고들 사이에 공통의 보통재판적 또는 특별재판적이 없다는 전제에서 독일 민사소송법 제36조 제1항 제3호에 따라 상급법원이 재판적을 지정하는 경우 iii) 전속관할이 규정되어 있지 않다(keine ausschließliche Zuständigkeit eines anderen Gerichts besteht)는 전제 하에서 제3자 반소피고가 토지관할의 흠결에 대해 이의를 제기하지 않고 (Drittwiderbeklagte rügt die mangelnde örtliche Zuständigkeit nicht) 소송에 응하는 경우(독일 민사소송법 제39조, 제40조 제2항)⁶⁷⁾

최근 독일 연방대법원은 후술할 독립적 제3자 반소에 대해 독일 민사소송법 제33조가 준용될 수 있음을 긍정하는 판시⁶⁸⁾를 하였는데 공동소송적 제3자 반소에도 이 법리를 적용하자는 견해⁶⁹⁾가 주장되고 있다.

3. 독립적 제3자 반소(isolierte Drittwiderklage)

가. 의의

독립적 제3자 반소란 피고가 원고와 소 외 제3자를 공동소송인으로 하지 않고, 소 외 제3자만을 상대로 제기하는 반소를 의미한다.⁷⁰⁾ 오직 제3자만을 제3자 반소피고로 한다는 점에서 공동소송적 제3자 반소와 구분된다. 독일 연방대법원은 원칙적으로 독립적 제3자 반소의 적법성을 부정하고 있다.⁷¹⁾ 그러나 예외적으로 i) 본소와 반소의 소송물이 사실상·법률상 밀접한 상호관련성이 있고, ii) 소 외 제3자를 제3자 반소피고로 인입함으로써 그 제3자의 보호가치 있는 이익이 침해당하지 않는

67) Prütting/ Gehrlein/ Wern, a.a.O., §33 Rn. 18.

68) BGHZ 187, 112 = NJW 2011, 460.

69) Zöller, a.a.O., §33 Rn. 23.

70) Zöller, a.a.O., §33 Rn. 21; Prütting/ Gehrlein/ Wern, a.a.O., §33 Rn. 19; Stein/ Jonas, a.a.O. §33 Rn 44.

71) BGHZ 40, 185; NJW 2001, 2094; 2007, 1753.

경우에는 독립적 제3자 반소도 허용된다고 한다.⁷²⁾

나. 판례에 따라 인정되는 사례군

독일 연방대법원은 채권 양수인이 채무자를 상대로 채권의 지급을 청구하는 소를 제기하자 채무자가 오직 채권 양도인인 제3자만을 상대로 반소를 제기하는 형태의 독립적 제3자 반소를 인정하는데, 이를 채권양도인에 대한 반소(Zedentenwiderklage)라고 한다.⁷³⁾

i) 양수인이 양도받은 보수채권 지급을 구하는 소를 제기하자, 피고가 양도인에 대해 양도한 보수채권을 초과한 부분의 변제를 이유로 반소를 제기하는 경우⁷⁴⁾

ii) 상호교통사고 사안에서 일방이 그의 손해배상청구권을 양도하여 채권양수인이 손해배상청구권의 지급을 구하는 소를 제기하자 피고가 양도인에게 손해배상을 구하는 반소를 제기하는 경우⁷⁵⁾

iii) 채권 양수인이 채무자를 상대로 소를 제기하자 피고가 양도인을 상대로 양도인은 자신에 대한 청구권이 더 이상 없다는 취지의 소극적 확인의 반소를 제기하는 경우⁷⁶⁾

또한 연방대법원은 회사의 주주를 상대로 한 제3자 반소 판결의 기판력이 회사에도 미치고 금전지급청구의 소에 대한 전제가 된다면 이미 소가 제기된 회사와 별도로 회사의 주주를 상대로 제기된 독립적 제3자반소의 적법성을 인정⁷⁷⁾하여 반소의 기판력이 기존 당사자에게 확장되는 경우 뿐 아니라 본소의 기판력이 반소 피고에도 확장되는 경우와 같이 기판력이 확장되는 사안에서의 제3자 반소제기를 허용하였다.⁷⁸⁾

72) BGH NJW 2007, 1753; 2008, 2852.

73) Grunsky/Jacoby, a.a.O., Rn. 330.

74) BGHZ 147, 220=NJW 2001, 2094

75) BGH NJW 2007, 1753.

76) BGH NJW, 2008, 2852.

77) BGHZ 91, 132, 134f

다. 독립적 제3자 반소의 요건 및 관할권 문제

독립적 제3자반소가 적법하기 위해서는 반소가 적법하기 위한 일반·특별 소송요건들⁷⁹⁾과 반소에 대해 제3자 반소피고의 동의 또는 법원이 적절하다고 인정하는 것과 같은 소의 변경의 적법요건⁸⁰⁾을 충족해야 하는 것은 공동소송적 제3자 반소와 동일하다.

관할권과 관련해서 종래 독일 연방대법원은 독립적 제3자 반소의 경우에는 반소의 특별재판적에 관한 독일 민사소송법 제33조에 의해 재판적이 인정되지 않고, ‘독립적 제3자 반소의 개념상’ 공동소송이 존재할 수 없기 때문에 ‘상급법원에 의한 재판적의 지정’에 관한 독일민사소송법 제36조 제1항 제3호도 적용될 여지가 없어 제3자 반소피고는 본소법원에 보통재판적 또는 특별재판적을 가져야 한다고 판시하였다.⁸¹⁾ 그러나 이러한 판례의 태도에 따르면 제3자 반소피고가 우연히 본소법원에 보통재판적 또는 특별재판적을 가지는 경우가 아닌 한 그에게 재판적이 인정되는 경우는 없다는 문제점이 발생하게 되었다.

따라서 최근 연방대법원은 그 견해를 변경하여 반소의 특별재판적에 관한 독일 민사소송법 제33조가 독립적 제3자 반소에 준용된다고 판시하였다.⁸²⁾ 따라서 채권의 양수인이 채무자를 상대로 소를 제기하였는데 채

78) 임의적 소송담당에서 피고가 권리를 주장하는 경우에도 제3자반소가 허용될 것이라는 견해로는 Zöller, a.a.O., §33 Rn. 24.

79) BGHZ 147, 220, 225.

80) BGHZ 147, 220, 225; BGH NJW 2007, 1753, 1754.

81) BGH NJW, 1992, 982; 1993, 2120; 2001, 2094.

82) BGHZ 187, 112 = NJW 2011, 460.; 기존 소송절차에 관여하지 않았던 소구채권의 양도인에 대한 독립적 제3자 반소에서 반소의 특별재판적에 관한 제33조를 준용한 사안. 이 판례의 사실관계와 판결이유를 상술하면 다음과 같다.

사실관계 : 원고는 Arnsberg 지방법원에 그 지방법원 소재지에 주소를 둔 피고를 상대로 자신이 급여채권의 양수인임을 이유로 19,897.56 유로의 지급을 구하는 소를 제기하였다. 소송계속 중 피고는 제3자인 채권양도인을 상대로 소송비용 856.8 유로의 상환을 구하는 반소를 제기하였다. 제3자 반소피

무자가 채권의 양도인을 상대로 소극적 확인의 반소를 제기하는 경우 채권양도인은 본소 법원에 보통재판적 또는 특별재판적을 가지지 않더라도 독일 민사소송법 제33조에 의해 본소법원에 대해 토지관할권이 인정될 수 있다.

4. 당사자 추가 예비적 반소(parteierweiternde Eventualwiderklage)

피고가 원고의 본소 청구가 인용될 경우를 조건으로 하여 제3자를 상대방으로 제기하는 예비적 반소를 당사자 추가 예비적 반소라 한다. 당사자 추가 예비적 반소의 경우에는 본소 청구의 인용여부는 피고와 제3자 사이의 반소에서는 소송외적 조건에 해당하여 제3자가 반소피고로 될 수 있는지 여부조차 불확실하여 절차상 지위의 현저한 불안을 가져오기 때문에 부적법하다는 것이 독일 판례와 통설의 입장⁸³⁾이다.

고인 채권양도인은 자신이 Gießen 지방법원 소재지에 거주하고 있으므로 Arnsberg 지방법원에는 관할이 없다고 주장하였다. 그러자 피고는 Arnsberg 지방법원을 본소와 반소 모두에 대한 관할 법원으로 지정해달라고 신청하였다. Hamm 고등법원은 이 사건은 독일 민사소송법 제36조 제3항에 따라 독일 연방대법원에 관할지정을 위해 제청하였다.

판결이유 : 민사소송법 제36조 제3항에 따르면 관할지정을 담당하는 주 고등법원은 관할지정에 관해 다른 주 고등법원이나 연방대법원의 견해와 다르게 재판할 때에는 그 사건을 연방대법원에 제청해야 한다. 지금까지의 연방대법원 판례에 따르면 독립적 제3자 반소의 경우에는 반소의 특별재판적에 관한 독일 민사소송법 제33조에 의해 재판적이 인정되지 않았고 제36조 제1항 제3호에 따른 관할지정도 인정되지 않았다. 그에 반해 München 고등법원은 독립적 제3자 반소의 경우에 민사소송법 제36조 제1항 제3호를 유추적용해야 한다고 결정한 바 있다. 따라서 이 제청은 민사소송법 제36조 제3항의 요건을 충족하여 적법하다.

민사소송법 제33조는 소송물인 채권의 양도인에 대한 제3자 반소에 적용될 수 있고 지금까지 이와 상충되는 연방대법원 판례는 상충되는 한도에서 폐기한다. 따라서 본소 법원도 채권 양도인에 대한 반소에 대해 관할권을 가지므로 관할지정신청은 이유 없다.

5. 제3자에 의한 반소(Widerklage eines Dritten 또는 Widerklage durch Dritte)

제3자에 의한 반소란 소송에 참가하지 않았던 제3자가 본소의 원고를 상대로(또는 본소원고와 또다른 소 외 제3자를 공동소송인으로 하여) 제기하는 반소이다. 이러한 소송에 참가하지 않았던 제3자의 반소는 부적법하다는 것이 판례의 입장⁸⁴⁾이자 지배적 견해⁸⁵⁾이다.

반소원고는 본소의 피고이어야 하고 반소는 동일한 소송절차 내에서 원고와 피고 사이에 본소가 계속 중일 것을 요건으로 하므로 개념상 제3자에 의한 반소를 인정할 수 없고, 제3자에 의한 반소는 별개의 소로 취급되어야 하며 만약 필요하다면 독일 민사소송법 제147조 소송의 병합 규정에 따라 본소와 병합하면 되므로 인정할 실익도 적다.⁸⁶⁾

따라서 독일 민사소송법 제67조 보조참가인이나 독일 민사소송법 제72조 소송고지를 받은 자와 같은 소송보조자는 반소를 제기할 수 없다. 예를 들어, 원고가 변호사인 피고(A)를 상대로 잘못된 조언을 이유로 한 손해배상청구의 소를 제기하였는데 피고가 함께 원고를 위해 조언했던 변호사 B에게 소송고지를 하였다. 변호사 B는 본소원고를 상대로 ‘원고는 자신에 대해 잘못된 조언을 이유로 한 손해배상청구권을 가지지 아니한다’는 취지의 소극적확인의 반소 및 ‘미지급 변호사 보수의 지급’을 구하는 반소를 제기하였다. 이때 B는 기존 소의 당사자가 아니라 소송고지를 받은 자에 불과하기 때문에 반소를 제기할 수 없다. 실제 사안에서 독일 함부르크 고등법원도 B가 제기한 반소를 별개의 소로 보아, 그 소송을 관할권이 있는 1심 법원으로 이송하였다.⁸⁷⁾

83) BGHZ 147, 220; Stein/Jonas/Roth, a.a.O., §33 Rn. 42.; Prütting/ Gehrlein/ Wern, a.a.O., §33 Rn. 23.

84) BGH WM 72, 784 = JR 1973, 18.

85) Stein/ Jonas, a.a.O. §33 Rn 45.; Prütting/ Gehrlein/ Wern, a.a.O., §33 Rn. 20.

86) BGH NJW 1964, 44; 1975, 1228. ; Stein/ Jonas, a.a.O. §33 Rn 45.; Prütting/ Gehrlein/ Wern, a.a.O., §33 Rn. 20.

87) OLG Hamburg NJW-RR 2004, 62.

II. 독일 제3자 반소제도의 시사점

독일 민사소송법 제33조 제1항은 “반대청구가 본소에서 주장된 청구 또는 그에 반대하여 제출된 방어방법과 관련이 있는 경우에는 본소가 계속된 법원에 반소를 제기할 수 있다”고 규정하여 본소의 청구 또는 방어방법과 관련성이 인정되는 청구에 관해 반소를 제기할 수 있다는 점과 반소의 제기는 강제되지 않고 당사자가 제기여부를 자유롭게 선택할 수 있다는 점에서 우리 법 제269조 제1항과 매우 유사하다. 독일 민사소송법은 제3자 반소를 명문으로 허용하는 규정을 두지 않으나 독일연방대법원이 제3자 반소를 최초로 인정한 이래 해석론상 제3자 반소를 허용하는 바 같은 대륙법계 국가이면서 반소에 대한 규정이 매우 유사한 독일에서도 제3자 반소제도를 해석론에 근거해 인정하고 널리 활용하고 있는 실례는 우리나라에서도 해석론에 근거해 제3자 반소제도를 허용할 수 있는 하나의 근거가 될 수 있을 것이다. 나아가 제3자 반소제도를 인정할 경우 독일의 제3자 반소에 유형과 요건 등에 관한 해석론을 중요한 참고기준으로 삼을 수 있을 것이다.

다만 독일의 경우 예비적 당사자의 지위가 불안해지고 투망식 공동소송의 위험이 있어 인정할 수 없다⁸⁸⁾고 하여 예비적 공동소송 제도를 인정하지 않지만 우리나라 민사소송법은 제70조에서 예비적 공동소송에 대한 특별규정을 둔다. 따라서 반소의 경우에도 예비적 공동소송의 적법성 자체를 부정하는 독일과 달리 우리나라는 입법자가 예비적 당사자의 지위 불안이라는 불이익이나 투망식 공동소송의 위험 등에도 불구하고 그러한 관계에 있는 당사자들을 하나의 소송절차에서 심리할 수 있는 이익을 더 크게 평가하여 법 제70조를 규정한 이상 반소피고들에 대한 청구가 법률상 양립할 수 없는 경우에도 제3자 반소를 제기할 수 있는지 여부와 그러한 유형의 반소제기가 허용된다면 그 요건 및 절차에 대해 논의할 필요가 있다.

다음으로 독일은 관련재판적에 관해 개별규정(제25조, 제34조)을 제외

88) LG Berlin, Urt. v. 14. 11. 1957, NJW 1958, 834.

하고는 일반적인 관련재판적에 관한 규정이 없고 다른 법원에 보통재판적을 가진 사람들이 공동소송인으로서 제소되어야 하고 그 소송에 관해 공통의 특별재판적이 발생되지 않는 경우 가장 가까운 상급법원의 결정에 의해 관할법원을 정할 수 있을 뿐이다(제36조 제3호). 그에 반해 우리나라 민사소송법은 법 제25조라는 관련재판적에 관한 일반 규정을 두어 원고에게 유리한 관할 선택의 기회를 보다 넓게 보장한다. 따라서 제3자의 관할이익을 고려함에 있어 법 제25조의 관련재판적 규정을 하나의 기준으로 판단할 필요가 있다. 다만 본소의 수소법원이 법정관할법원이 아닌 당사자의 의사나 당사자 일방의 소송행위에 의해 인정된 관할법원일 경우에도 법 제25조에 근거해 반소피고인 제3자가 자신에 대한 법정관할이 인정되는 법원이 아닌 본소의 수소법원에서 재판을 받아야 하는 것인지는 비판적으로 논의할 필요가 있다.

제 4 장 제3자 반소제도의 허용가능성

제 1 절 공동소송적 제3자 반소의 허용가능성

우리나라 판례⁸⁹⁾와 다수의 견해⁹⁰⁾는 원고 이외에 제3자를 반소피고로 추가하는 형태의 반소는 원칙적으로 허용되지 않고 원고와 제3자가 고유필수적 공동소송인 관계에 있는 경우 필수적 공동소송인 추가(제68조)의 요건을 갖추면 허용될 수 있다고 한다. 그러나 상호 밀접한 관련성을 가지고 있는 청구를 하나의 소송절차에서 심리하여 분쟁의 일회적 해결과 소송경제를 도모하고 판결의 모순·저축을 피하기 위하여 독일의 경우에는 우리나라 민사소송법 제65조 전·후문에 대응하는 독일 민사소송법 제59, 60조의 공동소송의 요건을 충족하면 그 반소를 인정하고 있다. 법률상 공통성과 사건 또는 거래의 동일성이라는 요건은 우리나라의 민사소송법 제65조 전문의 ‘소송목적이 되는 권리 또는 의무가 법률상 같은 원인으로 말미암아 발생하는 경우’와 매우 유사하다는 점에서 독일은 원고와 추가되는 반소피고인 제3자가 우리나라 민사소송법 제65조 전문의 공동소송 관계에 있는 경우에는 그 반소를 긍정하고 있는 것이다.⁹¹⁾⁹²⁾

89) 대법원 2015. 5. 29. 선고 2014235042, 235059, 235066 판결.

90) 이시윤, 앞의 책, 727면; 전병서, 앞의 책, 534면; 정동윤/유병현 『민사소송법』, 2014, 911면.; 호문혁, 앞의 책, 839-840면.

91) 해석론상 필수적 공동소송인의 추가와 같은 명문 규정이 없는 경우에도 추가적 공동소송을 허용하는 것이 별소 제기와 변론병합이라는 간접적인 방법보다 소송경제적이고 편리하며 분쟁의 일회적 해결에도 부합한다는 견해는 본소원고와 제3자가 반드시 고유필수적 공동소송의 관계에 있지 않더라도 통상 공동소송 요건(제65조)을 갖추면 공동소송적 제3자 반소를 허용함이 논리적이라는 견해로는 김동현, “제3자반소에 관한 연구”, 『민사소송』 제20권 제2호, 2016, 167-168면.

92) 김상균, 제3자 반소, 『비교사법』 5권 1호, 한국비교사법학회, 1998, 69-90면에서는 반소는 이미 로마법 시대부터 인정되어온 제도인데 로마 후기에는 제3자 반소까지 인정되었던 역사적 측면, 연방규칙 13(h)와 독일 연방대

제3자 반소제도를 인정하였을 경우 본소 원고나 소 외 제3자가 입을 불이익이 본소의 피고가 소 외 제3자를 상대로 반소를 제기하는 것이 허용됨에 따라 얻을 수 있는 이익보다 크다면 제3자 반소제도를 인정하기 어려울 것이다. 그에 반해 후자의 이익이 전자의 불이익보다 크다면 제3자 반소제도를 인정하는 정당화 근거 중 하나가 될 수 있을 것이다. 본소의 피고가 원고 이외 제3자를 상대로 한 반소를 제기하는 것을 허용하였을 경우 원고가 입을 수 있는 불이익은 제3자가 기존 소송절차에 당사자로 관여하게 됨에 따라 소송절차가 복잡해지고 절차의 진행이 지연된다는 것이다. 그리고 제3자가 입을 수 있는 불이익은 자신의 의사와 관계없이 원고와 피고의 소송절차가 진행되는 수소법원에 피고로 출석하여 소송수행을 해야 된다는 점일 것이다. 원고와 제3자 반소제도의 적법성이 부정될 경우 피고는 원고와 제3자를 공동소송인으로 하여 별소를 제기하게 될 것이다. 이 경우 별소가 공동소송의 요건을 충족하였다면 본소의 원고는 별소에서 피고로 소송을 수행해야 한다. 원고 및 제3자를 상대로 한 반소가 ‘본소의 원고와 제3자 사이에 공동소송인 요건을 충족’하도록 요구한다면 ‘원고와 피고 사이의 소송절차 내에서 제3자를 상대로 한 반소제기를 허용함에 따라 절차가 지연되고 소송절차가 복잡해지는 정도’가 ‘본소피고가 본소원고 및 제3자를 공동소송인으로 하여 별소를 제기함에 따라 본소원고가 별소의 소송절차에 응소해야 됨에 따라 발생하는 불이익’에 비해 크다고 보기 어렵다.

다음으로 제3자 반소가 인정될 경우 제3자가 입을 불이익은 제3자 자신에 대해 소를 제기하였다면 자신의 재판적이 있는 곳의 법원에서 소송을 수행할 수도 있었을텐데 원고와 피고 사이의 소송절차가 진행되는 수소법원에서 소송을 수행해야 된다는 점이다. 그러나 반소를 제기하는 주체는 본소의 피고이고 본소피고가 본소원고와 제3자를 공동소송인으로 하여 별소를 제기하였는데 본소원고와 제3자가 필수적 공동소송인 관계

법원의 판례가 제3자 반소를 인정하고 있다는 비교법적 측면, 원고가 공동소송을 할 수 있는 것에 대응하여 피고에게도 공동소송적 반소를 제기할 수 있도록 하는 것이 당사자간 무기대등의 원칙에 부합한다는 측면 등에 비추어 제3자 반소를 인정함이 타당하다고 주장한다.

에 있거나 실질적 관련성이 인정되는 경우라면 법 제25조에 근거해 본소 피고는 본소원고의 재판적이 있는 곳의 법원에 소를 제기하였더라도 제3자에 대해서도 관련재판적이 인정된다. 그러므로 ‘본소원고와 소 외 제3자 사이에 실질적 관련성’을 요건으로 한다면 제3자를 상대로 한 반소를 인정할 수 있는 여지가 커질 것이다.

또한 반소의 청구는 본소의 청구나 방어방법과 관련성이 인정되어야 하는데(법 제268조 제1항 단서) 변론과 증거조사를 함께 실시함으로써 심리의 중복과 재판의 저축을 피할 수 있기 때문에 상호관련성을 요건으로 삼은 것이라고 한다.⁹³⁾ 따라서 제3자 반소에 있어서도 제3자를 상대로 한 반소 청구 부분과 본소의 청구나 방어방법간의 상호관련성을 요건으로 한다면 심리의 중복과 재판의 저축을 피하고 분쟁의 모순없는 일회적 해결을 할 수 있는 실익이 인정될 여지가 커질 것이다.

반소는 원고와 피고의 본소의 측면에서는 소송계속 중 제기되는 소송에 해당하지만 피고의 입장에서는 반소의 상대방을 지정하여 처음 소를 제기하는 측면도 존재한다. 우리 민사소송법은 원고가 피고를 상대로 소를 제기하는 경우에는 통상 공동소송인 관계(제65조), 필수적 공동소송인 관계(제67조), 예비적 공동소송인 관계(제70조)에 있는 수인을 상대로 소를 제기하는 것을 허용하고 있다. 그런데 피고가 반소피고를 정하여 반소를 제기하는 경우에는 고유필수적 공동소송이 아닌 사건에서 소송 도중에 당사자를 추가하는 것은 허용되지 않고 이는 반소에 관하여도 그대로 적용된다고 보아 원고와 필수적 공동소송인 관계(제67조)에 있는 자를 필수적 공동소송인 추가(제68조)의 규정에 의해서만 제3자를 상대로 한 반소의 제기를 허용하였다. 이는 반소가 소송계속 중에 제기되기는 하나 독립한 소라는 것을 간과한 판단이다. 원고의 피고에 대한 본소는 소송계속 중이지만 피고가 본소원고와 소 외 제3자를 상대로 반소를 제기하는 것은 ‘소송 도중에 당사자를 추가하는 것’이 아니라 처음부터 당사자를 특정하여 소를 제기하는 것이다.

필수적 공동소송인의 추가에 관한 법 제68조는 예비적·선택적 공동

93) 법원행정처, 『법원실무제요, 민사소송[II](개정판)』, 2017, 722면.

소송인의 추가에 관한 법 제70조, 피고의 경정에 관한 법 제260조와 함께 임의적 당사자의 변경에 관한 규정이다. 임의적 당사자변경은 소송계속 중에 당사자가 될 사람을 잘못 삼은 것이 판명되거나 어느 일부의 사람을 누락할 때에 이를 보정하기 위한 제도이다. ‘반소원고의 제3자에 대한 청구’ 부분이 기존 소송절차 내에서 심리된다는 측면만을 강조하여 법 제68조의 상황과 동일하다고 볼 수는 없다. ‘누락된 당사자를 추가하거나 잘못 지정한 당사자를 바꾸는 것’을 규율하는 규정이 법 제68조이다. ‘본소의 원고가 피고와 필수적 공동소송 관계에 있는 제3자를 누락하여 본소의 피고로 추가하는 것’은 법 제68조에 의해 규율되어야 하겠지만, ‘피고가 처음부터 원고와 소 외 제3자를 특정하여 반소를 제기하는 것’은 반소원고가 당사자를 누락한 것도 아니고 반소 도중에 반소의 당사자를 추가한 것도 아니다.

이렇게 고유필수적 공동소송인의 추가와 상황이 다름에도 불구하고 법 제68조를 제3자 반소의 요건으로 관시함에 따라 본소 피고는 ‘제1심 변론종결시’까지만 ‘법원의 허가’를 받아 원고 및 제3자를 상대로 반소를 제기할 수 있다. 그러나 이렇게 보게 되면 우리 법 제412조가 항소심에서도 일정한 요건 하에 반소를 제기할 수 있다고 규정한 것과 대응되지 않고 법원의 허가를 받아야 반소를 제기해야 되는 것인지가 문제된다. 본소가 항소심 단계에 있으면 고유필수적 공동소송인 관계에 있는 제3자에 대한 반소를 제기할 수 없게 되는 결과 본소피고는 원고와 제3자를 상대로 별소를 제기할 수밖에 없는데 본소 청구와 관련성이 인정되는 제3자에 대한 관련분쟁을 하나의 소송절차에서 해결할 수 없을 뿐 아니라 소송경제라는 목적을 달성하고 관련분쟁을 일회적으로 해결하기 위해 인정되는 반소 제도의 취지에도 반한다. 나아가 법 제269조나 법 제412조는 반소의 제기에 ‘법원의 허가를 받아야 한다’는 규정이 없음에도 불구하고 법 제68조가 명문으로 ‘법원은 …신청에 따라…허가할 수 있다’고 규정하고 있으므로 반소의 제기를 위해서 법원의 허가를 받아야 되는데 이는 소제기는 법원의 허가사항이 아님에도 제3자를 상대로 한 반소에 대해서만 법원의 허가를 받아야 된다는 문제점이 있다.

다만 법 제269조 제1항에 의하면 반소 청구가 다른 법원의 관할에 전속하지 않는 한 본소 청구와 관련성이 있는 청구에 대해서는 본소법원에 관할권이 인정된다. 따라서 반소 청구에 대해 법정관할이 인정되는 법원이 본소법원이 아니더라도 반소의 특별재판적이 인정되면 반소 청구에 대해서도 본소법원이 관할권을 갖게 된다. 그렇다면 법 제269조 제1항에 근거해 제3자 반소의 재판적을 인정하여 본소법원이 제3자에 대한 반소 청구의 관할법원이 될 수 있는지 여부가 문제된다.

제3자에 대한 반소 청구에 본소법원의 관할권을 인정할 경우 반소피고인 제3자의 관할의 이익 침해가 문제될 수 있다. 원고에게 청구의 변경(법 제262조)이 인정되는 것에 대응하여 피고에게도 반소제기할 수 있는 기회를 부여하는 것이 공평의 원칙에 부합하는 것이기 때문에 피고가 원고가 소를 제기한 그 수소법원에 반소의 재판적이 인정되지만 제3자 반소에서는 본소 청구와 관련성이 있는 반소 청구에 대한 일회적·통일적 해결의 요청이 있더라도 피고에 대해 소를 제기하지 않은 제3자를 상대방으로 반소를 제기하는 것은 반소피고인 제3자가 본소법원과 다른 법정관할법원에서 재판받을 관할의 이익이 침해당한다고 볼 여지가 있다.

관할의 문제와 관련하여 독일 연방대법원은 공동소송인에 대한 청구간에 실질적인 상호관련성이 부족한 우리 민사소송법 제65조 후문에 해당하는 독일 민사소송법 제60조의 공동소송에 대해서도 공동소송적 제3자 반소를 인정하고 있는데, 반소피고로 되는 원고와 제3자가 소송목적이 되는 권리 또는 의무가 동종이거나 사실상 또는 법률상 같은 종류의 원인에 기한 것일 때에도 반소의 적법성을 인정하는 것은 제3자의 관할의 이익을 침해하는 것이라고 생각된다. 왜냐하면 우리 민사소송법은 공동소송에 있어 각 피고들에 대한 청구의 관련성의 정도에 따라서 실질적인 관련성이 있으면 관련재판적을 허용하고, 실질적인 관련성이 없으면 적용을 부정하는 것이 피고의 불이익을 피하고 당사자에게 공평하다는 취지⁹⁴⁾ 하에 소송의 목적인 권리나 의무가 공통되거나 사실상 또는 같

94) 김능환/민일영 編 『주석 민사소송법』 (1), 한국사법행정학회, 2012, 519면(김상준 집필부분)

은 원인에 기한 공동소송관계에 대해서 관련재판적을 인정하는 제25조를 규정하고 있기 때문이다.

소송의 편의와 재판의 모순·저축을 방지하기 위해 공동소송인간의 청구에 실질적 관련성이 있는 경우에는 관련재판적을 인정하는 민사소송법 제25조의 규정은 반대로 이러한 실질적인 관련성이 없는 공동소송인들에 대해서는 자신의 관할법원이 아니었음에도 일부 공동소송인의 의사에 의해 나머지 공동소송인의 관할이익이 좌우되는 것을 방지함으로써 관할이익을 보장하겠다는 것이다. 따라서 상호간의 실질적 관련성이 있는 제65조 전문상의 요건을 충족하는 공동소송인들에 대해서는 공동소송인 가운데 한 사람에 대한 관할권이 있으면 원래는 관할권이 없는 다른 공동소송인에 대하여도 ‘관련재판적’이 인정되기 때문에 제3자 반소피고에 대한 본소법원의 토지관할을 인정하는 데에 어려움이 없으나, 제65조 후문 관계만으로는 실질적인 관련성이 인정되기 어렵고 당사자간의 이해관계가 대립될 소지가 있으므로 새로이 인입되는 제3자의 관할의 이익 침해를 이유로 제3자 반소를 허용하지 않음이 타당하다.

제65조 전문 관계에 있는 공동소송인들을 반소 피고로 하여 제3자 반소제도를 인정하더라도 그 반소에 대해서도 반소의 일반규정이 적용되므로 ‘그 반소가 소송절차를 현저히 지연시키지 않는 경우(법 제269조 제1항)’여야 하고, ‘본소가 단독사건인 경우에 피고가 반소로 합의사건에 속하는 청구를 한 때에는 법원은 직권 또는 당사자의 신청에 따른 결정으로 본소와 반소를 합의부에 이송하여야 하며(법 제269조 제2항), 항소심에서의 반소는 상대방의 심급의 이익을 해할 우려가 없는 경우 또는 상대방의 동의를 받은 경우에 제기할 수 있어(법 제412조) 병합 심판에 따른 소송절차의 지연과 반소 제기의 상대방이 되는 자의 심급의 이익·사물관할의 이익 침해를 미연에 방지할 수 있다.⁹⁵⁾

95) 원고로서 자신이 바라지 않던 제3자가 본소에 대한 반소의 당사자로 추가되고, 그 결과 심판 범위가 확대되어 본소 해결이 지연된다는 문제는 피고가 원고에 대하여 단순한 반소를 제기하는 경우에도 발생하는 것이기 때문에 어느 정도 불이익을 원고에게 수인시킬 수 있는 문제로 반소에 의해 추가되는 제3자인 피고의 불이익을 너무 부각시켜 문제를 비관적으로 볼

따라서 공동소송인에 대한 청구 상호간의 실질적 관련성이 있는 경우 제3자 반소를 널리 인정하는 외국의 입법례· 이러한 형태의 제3자반소를 인정한다면 관련 분쟁을 하나의 소송절차에서 해결함으로써 소송경제가 도모되고 소송의 반복과 분산을 피할 수 있어 분쟁의 일회적 해결을 꾀할 수 있다는 점· 피고에게도 실질적 관련성을 가진 자들만큼은 제3자 반소피고로 하여 반소를 제기할 수 있는 것이 공평과 무기평등의 원칙이라는 반소제도의 취지에 부합한다⁹⁶⁾는 점· 법 제65조 전문관계에 있는 자들에 대해서도 법 제25조 제2항에 의해 관련재판적이 인정되므로 제3자에게도 본소법원의 관할권이 인정된다는 점에 비추어 원고와 인입되는 제3자가 법 제65조 전문관계에 있는 공동소송인 관계에 있는 제3자 반소의 적법성을 인정된다고 봄이 타당하다.

제 2 절 독립적 제3자 반소 내지 제3자에 의한 반소의 허용가능성

피고가 원고를 공동소송인으로 하지 않고 오로지 제3자만을 상대로 제기하는 형태의 반소나 제3자가 반소제기의 주체가 되어 원고 또는 원고와 새로운 제3자를 상대로 제기하는 형태의 반소는 반소가 개념상 원고와 피고 사이의 본소가 계속 중에 그 소송절차를 이용하여 제기하는 것이므로 원고에 대해서도 반소를 제기하는 것은 논리적 전제가 되어야 하고, 반소의 상대방과는 달리 반소원고가 될 수 있는 자에 대해서는 법 제269조 제1항 명문이 ‘피고는 소송절차를 현저히 지연시키지 아니하는

것은 아니라는 견해로는, 전병서, 전개논문, 562-563면.

96) 제3자 반소의 청구와 본소 청구 사이에 관련관계가 있는 경우에는 별도로 이 청구를 심리·재판하는 것보다 본소절차에서 병합심리하는 것이 소송경제 및 모순 없는 재판을 이룰 수 있을 것이고, 원고가 공동소송을 제기할 수 있는 것에 대응하여 피고에게도 반소에 의해 공동소송을 성립시킬 수 있도록 허용하는 것이 당사자 사이의 무기평등의 원칙에 부합한다는 견해로는, 김상균, 제3자 반소, 71-72면.

경우에만 변론을 종결할 때까지 본소가 계속된 법원에 반소를 제기할 수 있다.’고 하여 피고로 한정하고 있으므로 양 형태의 반소는 허용되지 않는다고 할 것이다.⁹⁷⁾

제 3 절 소결론

본소의 피고가 원고 이외 제3자를 상대로 한 반소를 제기하는 것을 허용하였을 경우 원고가 입을 수 있는 불이익은 제3자가 기존 소송절차에 당사자로 관여하게 됨에 따라 소송절차가 복잡해지고 절차의 진행이 지연된다는 것이다. 그리고 제3자가 입을 수 있는 불이익은 자신의 의사와 관계없이 원고와 피고의 소송절차가 진행되는 수소법원에 피고로 출석하여 소송수행을 해야 된다는 점일 것이다. 절차지연 및 소송절차가 복잡해질 수 있다는 본소 원고의 불이익은 피고가 공동소송의 요건을 충족한 자들을 상대로 별소를 제기할 수 있음을 고려하여 원고 및 제3자를 상대로 한 반소가 ‘본소의 원고와 제3자 사이에 공동소송인 요건을 충족’하도록 요구함으로써 해결될 수 있다. 제3자가 입을 수 있는 관할상의 불이익은 상호간의 실질적 관련성이 있는 제65조 전문상의 요건을 충족하는 공동소송인들에 대해서만 공동소송적 제3자 반소를 제기할 수 있도록 함으로써 고려될 수 있다.

피고가 원고를 공동소송인으로 하지 않고 오로지 제3자만을 상대로 제기하는 형태의 반소는 우리 민사소송법에서 인정하는 것은 무리이며 원고 제3자가 반소제기의 주체가 되어 원고 또는 원고와 새로운 제3자를 상대로 제기하는 형태의 반소는 우리 법 제269조 제1항이 반소제기의 주체를 피고로 한정하고 있으므로 허용할 수 없다.

97) 전병서, 전게 논문, 561면에서도 제3자만에 대한 반소를 인정할 것까지는 아니라고 한다.

제 5 장 반소제도의 개선방안

제 1 절 제3자 반소의 요건

I. 반소의 일반요건

반소는 본소 소송계속 중에 제기하므로 본소 소송계속은 반소를 제기하기 위한 요건이다. 그러나 반소를 제기할 때 본소에 의한 소송이 계속중이었다면 이후 본소가 각하 또는 취하, 청구 포기·인낙 등으로 인하여 소송계속이 소멸되어도 이미 제기한 반소의 존속에는 영향이 없다. 즉, 본소 소송계속은 반소의 제기요건이고 반소의 존속요건이 아니다. 소의 객관적 병합의 일반요건을 갖추어야 하고 소의 이익 등 일반적인 소송요건도 구비하여야 한다.

II. 반소의 특별요건

1. 상호관련성

변론과 증거조사의 편의와 심리의 중복과 판결의 모순·저축을 피하기 위해 하나의 소송절차에서 심리되기 위해서 본소 청구나 본소의 방어방법과 서로 관련이 있어야 하는 것은 제3자에 대한 반소 청구의 경우에도 동일하다. 따라서 제3자에 대한 반소 청구는 본소 청구의 소송물 또는 그 대상·발생원인에 있어서 법률상 또는 사실상 공통성이 있거나 본소 청구에 대한 항변사유와 대상·발생원인에 있어서 법률상 또는 사실상 공통성이 있어야 한다. 다만 상호관련성 요건은 사익적 요건이므로, 이 요건이 불비된 경우 상대방이 절차이익의권을 행사하지 않으면 흠결은 치유된다고 보는 것이 통설⁹⁸⁾과 관례⁹⁹⁾의 입장이다. 제3자 반소의 청구가 본소 청구 또는 방어방법과 관련성이 인정되지 않는 경우 제3자만 동

의하거나 이의 없이 응소한 경우에 상호 관련성이 없는 경우라도 제3자를 상대로 한 반소 청구가 적법해지는지, 아니면 본소의 원고도 동의하거나 이의를 하지 않아야 제3자 반소 청구가 적법해지는지가 문제된다. 이 경우 원고의 입장이 고려될 필요가 있다. 원고가 피고를 상대로 소를 제기하였는데 피고가 원고 뿐 아니라 제3자를 상대로 반소를 제기한다면 원고(반소피고)는 절차의 지연과 소송절차의 복잡화라는 불이익을 입게 된다. 그런데 피고의 제3자에 대한 반소 청구가 본소 청구와 관련성이 인정되지 않음에도 제3자가 동의하거나 이의를 제기하지 않았다는 이유로 그 요건 불비의 하자가 치유된다고 본다면 원고가 자신의 피고에 대한 청구와 아무런 관련성이 인정되지 않는 피고의 제3자에 대한 청구가 하나의 소송절차 내에서 심리됨에 따른 불이익을 자신의 의사와 관계 없이 수인해야 된다는 불합리한 결과가 초래된다. 따라서 제3자를 상대로 한 반소 청구가 본소 청구의 상호관련성 요건을 구비하지 못한 경우 본소의 원고도 ‘상호관련성 요건 불비에 따라 그 반소 청구가 기존 원고와 피고 사이의 소송에서 심리되어서는 안된다’는 이의권을 주장할 수 있다고 보는 것이 타당하다.

2. 제3자 반소와 관할

예비적 공동소송의 경우 법 제65조의 공동소송의 요건을 갖추어야 하는데 추가되는 예비적 반소피고인 제3자의 관할의 이익을 고려하여 실질적 관련성이 인정되는 법 제65조 전문의 요건을 충족한 경우에 한해서 제3자 반소를 허용해야 할 것이다. 필수적 공동소송인 관계에 있는 자들에 대한 반소의 경우 공동소송인 사이에 실질적 관련성이 있다고 인정되는 법 제65조 전문 요건보다 관련성이 더 깊으므로 당연히 제25조가 적용된다고 볼 것이다.¹⁰⁰⁾

반소는 본소가 계속된 법원에 제기하므로 본소법원이 관할법원이 되

98) 이시윤, 앞의 책, 730면; 호문혁, 앞의 책, 847면

99) 대법원1968. 11. 26. 선고 68다1886·1887

100) 호문혁, 앞의 책, 178면.

는데, 민사소송법 제65조 전문의 실질적 관련성이 있는 공동소송인 간에는 법 제25조 제2항의 관련재판적 규정에 의하여 그 중 1인에 대한 관할권이 있는 법원에 소를 제기할 수 있는 이상 제3자에 대한 반소 청구에 대해서도 본소법원에 대하여 관할권이 인정된다.

법 제269조 제2항은 ‘본소가 단독사건인 경우에 피고가 반소로 합의 사건에 속하는 청구를 한 때에는 법원은 직권 또는 당사자의 신청에 따른 결정으로 본소와 반소를 합의부에 이송하여야 한다. 다만, 반소에 관하여 제30조의 규정에 따른 관할권이 있는 경우에는 그러하지 아니하다’고 규정하고 있는데 이 규정은 반소피고가 합의부의 심판을 받을 이익을 존중하고 본소와 반소를 동시에 심리하여 재판의 불통일과 심판의 중복을 피하려는 취지이다. 피고가 원고에 대해서는 단독사건에 속하는 청구를 하였으나 제3자를 상대로 합의사건에 속하는 청구를 한 때에 ‘본소와 반소’를 합의부에 이송해야 되는지 여부가 문제된다. 본소 원고는 자신은 단독사건에 속하는 청구를 하였음에도 피고의 반소제기라는 소송행위로 인해서 소 제기 당시에는 예상하지 못했던 사유로 인해서 합의부로 이송되는 결과가 초래되기 때문이다. 그러나 피고가 원고에 대한 반소로 합의사건에 속하는 청구를 한 때에도 원고로서는 본소 제기 당시에는 예측할 수 없었던 상황임에도 필수적으로 합의부로 이송해야 하므로 ‘원고가 소제기 당시에는 예측할 수 없었던 사유’라는 이유가 제3자를 상대로 합의부에 속하는 청구를 반소로 제기한 경우에 위 규정의 적용을 배제할 근거가 될 수는 없는 점, 합의부 관할에 해당하는 반소가 제기된 경우 크고 복잡한 사건을 신중하고 공정하게 재판하는 데에 적합한 합의부 재판을 받을 필요성은 반소의 상대방이 본소 원고이든 소 외 제3자이든 차이가 없는 점을 고려할 때 제3자 반소에 대해서도 법 제269조 제2항을 적용함이 타당하다.

제3자 반소 청구에 대해 본소법원의 관할권이 없는 경우 본소피고의 본소원고에 대한 반소 청구는 적법하여 본소 청구와 병합된다고 하더라도, 제3자 반소 청구는 본소 청구와 병합심판할 수 없다. 다만 제3자에 대한 반소 청구가 독립의 소의 요건을 갖추고 있다면 그 반소를 각하할

것이 아니라 관할법원으로 이송하는 것이 타당하다.

3. 반소의 제기가 소송절차를 현저히 지연시키지 아니할 것

본소 소송절차를 현저히 지연시키는 경우에는 본소원고 및 제3자를 상대로 한 반소제기를 허용할 수 없다. 이는 제3자 반소가 소송절차의 지연책으로 남용되는 것을 방지하기 위한 요건이다. 이 요건은 소송절차의 신속이라는 공익을 보호하기 위한 요건으로서 당사자의 이익권의 포기·상실의 대상이 아니고 법원의 직권조사사항에 속한다.

III. 항소심에서의 반소제기

대법원 2015. 5. 29. 선고 2014다 235042 판결에서는 원고와 함께 필수적 공동소송인 관계에 있는 제3자에 대한 반소의 적법성을 긍정하면서도 민사소송법 제68조의 규정에 따라 제1심 변론종결시까지만 인정된다고 하였는데 ‘원고가 고유필수적 공동소송 가운데 일부를 누락하여 소를 제기하였다가 그 누락된 당사자를 추가하는 경우’에 관한 규정인 법 제68조를 ‘피고가 본소 원고 및 본소 원고와 고유필수적 공동소송인 관계에 있는 제3자를 상대로 반소를 제기하는 상황’에 적용하는 것은 타당하지 않는다. 임의적 당사자변경에 관한 규정들인 필수적 공동소송인 추가에 관한 법 제68조나 예비적 공동소송인 추가에 관한 법 제70조, 피고경정에 관한 법 제260조는 모두 ‘법원은 …허가할 수 있다’고 규정되어 있어 누락된 당사자를 추가하거나 잘못 지정한 당사자를 변경하는 경우에는 법원의 허가사항이라고 한다. 그러나 반소의 제기는 법 제269조나 법 제412조는 ‘피고는 …제기할 수 있다’고 규정되어 있어 반소제기는 법원의 허가사항이 아니다. 따라서 임의적 당사자변경에 관한 규정을 반소제기에도 적용된다고 보는 것은 반소제기를 포함하여 소제기를 위해서 법원의 허가를 요하지 않는다는 소송법의 원칙에도 반한다. 따라서 본소피고가 본소원고 및 제3자를 상대로 소를 제기하는 경우에는 법 제68조가

적용되지 않는다고 보아야 하며 사실상 변론 종결시까지 반소를 제기할 수 있다고 보아야 한다.

다만 항소심에서 반소를 제기하기 위해서는 법 제412조에 따라 상대방의 심급의 이익을 해하지 않거나 상대방의 동의가 필요한대 항소심에서 제3자와 원고를 상대로 반소가 제기된 경우에는 제3자는 제1심에서 심판받을 기회를 상실하므로 원고뿐 아니라 제3자의 동의를 받아야 한다. 항소심에서 제3자 반소가 제기된 경우에는 제3자는 1심에서는 당사자가 아니어서 아무런 주장·증명의 기회를 갖지 않은 경우이므로 원고를 반소피고로 하여 제기되는 반소에 대해서는 제1심에서 본소의 청구원인 또는 방어방법과 관련하여 충분히 심리된 경우의 반소는 심급의 이익을 해하지 않는 경우로서 원고의 동의 없이도 허용되겠지만 제3자에게는 이러한 기준을 적용하기 어려울 것이다.

제2절 제3자 반소의 절차 및 심판

제3자 반소는 소송 중의 소로써 독립한 소이므로 본소에 관한 규정에 의한다(법 제270조). 따라서 반소장을 제출해야 하며 소에 관한 일반적 소송요건을 충족해야 한다. 제3자 반소가 소의 일반요건을 함결하는 경우에 보정이 이루어지지 않는 한 종국판결로 각하해야 한다. 다음은 반소피고들이 통상 공동소송인 관계에 있는 경우, 필수적 공동소송인 관계에 있는 경우, 예비적 공동소송인 관계에 있는 경우로 나누어 구체적 절차 및 심판이 어떠해야 하는지를 살펴보겠다.

I. 반소피고들이 통상공동소송인 관계에 있는 경우

본소 원고 및 통상 공동소송인 관계에 있는 소 외 제3자에 대한 반소의 경우 통상의 공동소송에 관한 원칙이 적용된다. 따라서 소송요건은 각 공동소송인별로 조사해야 하며 소송요건이 함결된 공동소송인에 한해 일부 각하를 할 수 있다. 반소의 공동소송인들 사이에는 법 제66조에 따

라 반소피고들 가운데 한 사람의 소송행위 또는 반소원고의 반소피고들 중 한 사람에 관한 사항은 다른 반소피고들에게 영향을 미치지 않는다. 예를 들어, 반소피고들은 각자 청구의 포기·인낙, 화해, 자백, 답변서의 제출, 상소의 제기 등의 소송행위를 할 수 있으며 그 행위를 한 자에 대해서만 효력이 미치고 다른 반소피고들에 대해서는 영향이 없다. 반소의 취하에 대해서는 법 제266조 제2항에 따라 본소 원고의 동의가 있어야 본소원고에 대한 반소를, 제3자의 동의가 있어야 제3자에 대한 반소를 각 취하할 수 있으나 법 제271조가 ‘본소가 취하된 때에는 피고가 원고의 동의 없이 반소를 취하할 수 있다’고 규정하고 있으므로 본소 원고가 본소를 취하한 경우 피고는 원고의 동의 없이 원고에 대한 반소를 취하할 수 있을 것이다. 그러나 통상 공동소송인 관계에 있는 자들에 대한 반소는 소의 취하도 공동소송인별로 판단하므로 본소가 취하되었다 하더라도 피고는 제3자에 대한 반소를 취하하기 위해서는 법 제266조 제2항에 따라 제3자의 동의를 받아야 한다. 또한 각 반소피고는 공격방어방법을 개별적으로 제출할 수 있다. 소송진행도 반소피고 중 1인에 대한 사항은 다른 반소피고들에게 영향이 없다. 예를 들어, 반소피고 중 1인에 대한 중단·중지 사유는 그 반소피고에게만 효과가 있고 기일·기간의 해태가 있어도 다른 반소피고들에게는 그 효과가 미치지 않으며, 상소기간의 진행도 개별적으로 진행한다. 반소피고들 간에 재판통일이 필요없으며 법원은 반소피고들 중 한 사람에 대해 판결하기에 성숙한 때에는 일부판결을 할 수 있다.

II. 반소피고들이 고유필수적 공동소송인 관계에 있는 경우

본소 원고와 고유 필수적 공동소송인 관계에 있는 소 외 제3자에 대한 반소의 경우에는 필수적 공동소송인 간에 상호연합관계가 있다. 따라서 소송요건은 각 반소피고 별로 조사하나 반소피고 중 1인에 소송요건의 흠결이 있으면 전부각하 판결을 선고해야 한다.

피고가 본소 원고 및 원고와 필수적 공동소송인 관계에 있는 제3자를 상대로 반소를 제기할 경우에는 그 심리 내지 심판에 대해서는 제67조가 적용된다. 피고가 원고만을 상대로 반소를 제기하였으나 고유필수적 공동소송은 수인이 전원이 되어야 당사자적격이 인정되므로 필수적 공동소송인 관계에 있는 제3자가 누락된 경우에 누락된 반소피고를 보정하는 방법으로 원고와 필수적 공동소송인 관계에 있는 제3자를 추가하려고 할 경우에는 법 제68조가 적용된다고 볼 것이다.

법 제67조 제2항에 따라 반소피고들 가운데 한 사람의 소송행위는 모두의 이익을 위해서만 효력을 가진다. 따라서 반소피고들 중 한 사람이 피고의 주장사실에 대해 주장·증거제출을 한 경우에는 반소피고들 전원에 대하여 효력이 있다. 반소피고 중 한명이라도 본안에 관해 응소하였으면 전원이 응소한 것으로 되어 반소의 취하에는 반소피고들 전원의 동의를 필요로 하며, 반소피고들 중 한사람이 기일에 출석하였으며 전원이 출석한 것이 되어 진술간주·자백간주의 불출석 효과는 생기지 않는다. 반소피고들 중 한 사람이라도 기간을 준수하였으면 전원이 기간을 준수한 것이 되어 기간 부준수의 효과는 생기지 않는다. 그에 반해 반소피고들 중 한 사람의 소송행위가 다른 반소피고들에게 불리한 경우에는 반소피고들 전원이 함께 하여야 효력이 발생하고 한 사람이 하면 그 효력이 발생하지 않는다. 자백, 청구의 포기·인낙, 재판상 화해는 불리한 소송행위이므로 반소피고 전원이 함께 하지 않으면 그 효력이 생기지 않는다. 원고 및 고유필수적 공동소송 관계에 있는 제3자에 대한 반소에 있어서 소의 일부 취하가 허용되지 않고 취하간주 규정도 적용되지 않는다. 반소원고의 반소피고들 중 한 사람에 대한 소송행위는 이익·불이익을 불문하고 반소피고들 전원에 대하여 효력이 생긴다. 반소피고들 중 한 사람이라도 기일에 출석했으면 반소원고는 법 제276조에 따라 준비서면에 적지 아니한 사실이라도 주장할 수 있고, 반소원고는 청구인낙이나 자백을 할 수 있으며 이는 반소피고들 모두에게 그 효력이 생긴다.

필수적 공동소송인 관계에 있는 자들에 대한 반소의 변론 및 증거조사·판결 등은 동일기일에 함께 하여야 하며, 원칙적으로 전부판결을 해

야 하며, 변론의 분리나 일부판결은 할 수 없다. 반소피고들 중 한사람에 대해 중단·중지의 원인이 있는 경우에는 반소피고들 전원에게 중단·중지의 효과가 발생한다.

반소피고들의 상소기간은 각 반소피고별로 진행하나 전원에 대한 상소기간이 만료되기까지는 반소 판결은 확정되지 않는다. 반소피고들 사이에서 반소 본안에 관한 합일확정판결만 허용된다. 따라서 반소피고 전부에 대해서 전부 판결을 해야 하며, 일부판결은 할 수 없다.

Ⅲ. 반소피고들이 예비적 공동소송인 관계에 있는 경우

예비적 공동소송인 관계에 있는 자들에 대한 반소의 법 제70조 제1항이 필수적 공동소송에 관한 규정을 준용하도록 하였으나 예비적 공동소송은 본래 상호연합관계가 인정되는 관계가 아니라 통상공동소송에 속하는 것으로 주위적 반소피고와 예비적 반소피고 사이에서는 아무런 청구가 없다는 점에서 반소원고-주위적 반소피고-예비적 반소피고 사이에 분쟁관계를 일거에 통일적으로 해결할 필요성도 독립당사자참가보다 그 정도가 약하다. 그러므로 제70조에 의해 준용되는 필수적 공동소송에 관한 규정들 중 소송행위의 통일을 위한 규정은 준용되지 않고 절차의 분리를 막기 위한 규정만이 적용된다고 보아야 한다.¹⁰¹⁾ 따라서 반소피고들 중 한 사람이 한 유리한 행위는 다른 반소피고에게 영향이 없다. 주위적 반소피고가 기간을 준수하였더라도 예비적 반소피고에 대해서 기간 준수의 효력이 미친다고 볼 수 없다. 반소피고 중 한 사람이 한 불리한 소송행위는 효력이 있으나 예비적 반소피고가 주위적 반소피고의 소송관계를 처분하는 내용의 소송행위는 효력이 없고, 청구인낙의 경우에는 예비적 청구는 주위적 청구에 대한 인용판결을 해제조건으로 청구인용판결을 구하는 것이므로 청구인용판결과 같은 결과를 낳는 청구인낙도 주위적 청구에 관한 아무런 판단이 없는 상태에서는 할 수 없다고 보는 것이

101) 호문혁, 앞의 책 881면.

타당하므로 예비적 반소피고는 주위적 청구에 관한 아무런 판단이 없는 상태에서는 자신에 대한 반소 청구를 인낙할 수 없다. 반소원고가 반소 피고들 중 한사람에 대해 한 소송자료 제출행위도 그 반소피고에게만 효력이 생긴다.

예비적 반소피고들에 대한 변론준비·변론·증거조사·판결선고는 같은 기일에 함께 하여야 하며, 원칙적으로 전부판결을 해야 하고 변론의 분리나 일부판결은 할 수 없다. 또 주위적 반소피고·예비적 반소피고 중 한 사람에 대하여 중단·중지의 원인이 발생하면 다른 반소피고에게도 영향을 미쳐 전체 소송절차의 진행을 정지된다. 반소피고들 중 일부가 상소하면 모든 반소피고들에 대한 판결이 확정되지 않고 상소심으로 이심된다.

법 제70조 제2항에서는 예비적 공동소송에 있어 모든 공동소송인에 대한 청구에 관하여 판결을 하여야 한다고 규정하고 있다. 그러므로 예비적 반소의 경우 주위적 반소피고에 대한 청구를 인용하는 경우에도 예비적 반소피고에 대한 청구를 판단하여 반소 청구기각판결'을 하여야 하며, 주위적 반소피고에 대한 청구를 기각하는 경우에는 예비적 반소피고에 대해 반소 청구 인용 또는 반소 청구기각판결을 해야 한다. 예비적 공동소송에 관해서 법 제70조 제1항 본문이 법 제68조를 준용하고 있으나, 이는 후발형 예비적 공동소송(원고가 소송계속 중에 예비적 공동소송인을 추가하는 경우)에 적용되는 것이다. 피고가 원고를 상대로 소를 제기하였다가 예비적 반소피고를 추가하려는 경우에는 법 70조에 의해 준용되는 법 제68조가 문제되는 상황이지만, 피고가 원고 및 제3자를 주위적-예비적 피고로 하여 소를 제기하는 경우에는 법 제68조는 문제되지 않는다. 이때 법 제68조가 적용된다고 볼 경우 법원의 허가를 받은 경우에 한해서 반소를 제기할 수 있다고 보아야 하는데, 이는 반소제기를 포함하여 소제기는 법원의 허가사항이 아니라는 점에서 반소 계속 중 예비적 피고를 추가하는 경우가 아닌 처음부터 예비적 공동소송인 관계에 있는 자들에 대해 반소를 제기하는 경우에는 제68조가 적용되지 않는다고 보는 것이 타당하다. 항소심 단계에서도 피고는 법 제412조에 의해

본소원고와 소 외 제3자의 동의를 받은 경우에는 그들을 상대로 반소를 제기할 수 있다. 만약 피고가 원고를 상대로 반소를 제기하였고 반소의 소송절차 계속 중에 제3자를 예비적 반소피고로 추가하려는 경우에는 법 제70조 제1항 본문에 따라 준용되는 제68조에 의해 제1심 변론종결시까지 예비적 반소피고를 추가해야 할 것이다.

제 6 장 결론

반소는 피고가 소송계속 중에 그 소송절차 내에서 원고에 대하여 제기하는 소로 이해되어왔다. 그러나 관련 분쟁을 동일 소송절차를 이용하여 심판할 수 있도록 함으로써 심판의 중복을 피하고 소송경제를 도모하며 판단의 모순·저축을 회피할 수 있는 반소제도의 취지를 적극적으로 고려하여 피고가 본소 원고 뿐 아니라 소 외 제3자를 상대로 반소를 제기할 수 있는지 여부를 해석론상 재검토할 필요가 있다.

제3자 반소를 허용할 것인지 여부에 대해 견해의 대립이 있던 중 대법원은 2015. 5. 29. 선고 2014다235042, 235059, 235066 판결에서 최초로 제3자 반소의 허용여부 및 요건에 대해 실시하였다. 그러나 제3자 반소의 적법성에 대해 최초로 판시하였다는 의의에도 불구하고 반소원고가 필수적 공동소송인 관계에 있는 자들을 당사자로 특정하여 소를 제기하는 상황은 원고가 소송계속 중 필수적 공동소송인 관계에 있는 자들 중 누락된 자를 당사자로 추가하는 상황과 다름에도 이를 동일하게 보고 법 제68조를 요건으로 실시한 문제가 있을 뿐 아니라 필수적 공동소송 관계가 아닌 경우의 제3자에 대한 반소는 부적법하게 봄으로써 제3자 반소가 허용되는 범위를 지나치게 협소하게 본 한계점이 있다.

미국은 본소 청구와 반소 청구 사이의 관련성 자체를 요구하지 않고 광범위하게 반소 제기를 허용하되 법관에게 분리심판의 재량권을 부여하는 한편 강제 반소 제도를 통해 하나의 소를 통해 해결될 수 있는 분쟁에 대해서는 별소 제기 자체를 금지한다. 그러나 이러한 미국의 반소제도는 우리 법상 반소제기가 피고의 자유의사에 맡겨져 있는 것에 반할 뿐 아니라 판결의 효력에 대한 요건, 취지, 효과 등이 상이하여 미국의 반소제도를 우리나라에 도입할 수는 없다. 독일 민사소송법 제33조 제1항은 우리 법 제269조 제1항과 매우 유사하고 같은 대륙법계 국가인 독일의 연방대법원에서 제3자 반소제도를 인정한 이래 해석론상 제3자 반소제도를 인정하고 활용되고 있는 실례는 우리나라 반소제도의 중요한 참고기준이 될 것으로 판단된다. 다만 독일은 예비적 공동소송의 적법성

자체를 부정하나 우리나라는 법 제70조에서 예비적 공동소송을 인정하는 점, 몇몇 개별규정에서 관련재판적을 규정한 독일 민사소송법과 달리 우리나라 민사소송법은 법 제25조에서 일반적인 관련재판적 규정을 두고 있는 점은 우리나라에서 제3자 반소제도를 운영함에 있어 고려될 필요가 있다.

공동소송적 제3자 반소에 있어서 법 제65조 전문상의 요건을 충족하는 공동소송인들에 대해서는 공동소송인 가운데 한 사람에 대한 관할권이 있으면 원래는 관할권이 없는 다른 공동소송인에 대하여도 ‘관련재판적’이 인정되기 때문에 제3자 반소피고에 대한 본소법원의 토지관할을 인정하는 데에 어려움이 없으나, 법 제65조 후문 관계만으로는 실질적인 관련성이 인정되기 어렵고 당사자간의 이해관계가 대립될 소지가 있으므로 새로이 인입되는 제3자의 관할의 이익 침해를 이유로 제3자 반소를 허용하지 않음이 타당하다. 독일 연방대법원에서도 예외적으로 채권 양도-양수 사례에서 인정하고 있는 제3자만을 반소피고로 제기하는 독립적 제3자 반소를 우리나라 민사소송법에 도입하는 것은 무리이며, 제3자에 의한 반소는 법 제269조 제1항이 ‘피고’를 반소제기의 주체로 규정하고 있는 이상 허용될 수 없다.

법 제65조 전문 관계에 있는 통상 공동소송인, 필수적 공동소송인, 예비적 공동소송인 관계에 있는 자들에 대해 반소를 제기하는 경우 주관적 병합 요건을 구비해야 할 뿐 아니라 반소의 특별요건(상호관련성, 반소 재판적, 본소절차를 현저히 지연시키지 아니할 것)을 충족해야 한다. 나아가 항소심에서 제3자 반소를 제기하기 위해서는 원고뿐 아니라 제3자의 동의를 받아야 할 것이다. 제3자 반소에 의해 반소피고들 사이에는 공동소송관계가 형성되는데 그 공동소송의 법적 성질에 따라 통상의 공동소송 또는 예비적 공동소송, 필수적 공동소송의 심리원칙이 각각 적용된다.

참 고 문 헌

I. 국내문헌

1. 단행본

민사소송법

강현중, 『신민사소송법강의』, 2015.

김홍규/강태원, 『민사소송법』, 박영사, 2014.

김홍엽, 『민사소송법』, 박영사, 2016.

법원행정처, 『법원실무제요, 민사소송[Ⅱ](개정판)』, 2017.

법원행정처, 『사법연감』, 2017.

송상현/박익환, 『민사소송법』, 박영사, 2014.

이시윤, 『민사소송법』, 박영사, 2016.

정동윤/유병현 『민사소송법』, 법문사, 2014.

정동윤/유병현/김경욱, 『민사소송법』, 법문사, 2016.

장영진, 하혜경, 『미국법 1』, 법률문화원, 2008.

전병서, 『민사소송법』, 홍문사, 2016.

정영환, 『신민사소송법』, 세창출판사, 2009.

한충수, 『민사소송법』, 박영사, 2016.

호문혁, 『민사소송법』, 법문사, 2016.

2. 논문

강태원, “미국 민사소송절차에서 반소의 제기가 강제되는 경우”, 『민사소송』, 제10권 제2호, 2006.

김동현, “제3자반소에 관한 연구”, 『민사소송』 제20권 제2호. 2016.

김상균 - “제3자 반소”, 『비교사법』 5권 1호, 한국비교사법학회, 1998

- “미국연방민사소송규칙상의 당사자병합”, 『청주법학』 30권 2호, 2008.
- 손한기, “미국연방민사소송에 있어서의 반소와 횡소에 관한 연구”, 『연세법학연구』, 2001.
- 전병서, “제3자에 대한 반소의 적법성 - 대법원 2015. 5. 29. 선고 2014다 235042, 235059, 235066 판결 -”, 『법조』, 2016.
- 정영환, “미국민사소송법상의 판결의 효력(1) -좁은 의미의 Res Judicata를 중심으로-”, 『안암법학』 33. 2010.

II. 외국문헌

1. 미국문헌

가. 단행본

- Baicker-McKee-Janssen-Corr, 『Federal Civil Rules Handbook』 (ST.PAUL, MN:west Group, 1999)
- C. Wright & M. Kane, 『Law of Federal Courts』 6th Ed(2002)
- Jack H. Friedenthal, Mary Kay Kane & Arthur R. Miller, 『Civil Procedure 5th Edition』 (2015)
- Jack H. Friedenthal, Arthur R. Miller, Jeoh E. Sexton, Helen Hershkoff, 『CIVIL PROCEDURE CASES AND MATERIALS』 Tenth Ed
- J. N. Pomeroy, Equity Jurisprudence(5th Ed., 1941)
- Linda J. Silberman & Allan R. Stein, 『Civil Procedure : Theory and Practice』 (2001)
- Richard D. Freer 『Introduction to Civil Procedure』
- Richard H. Field, Benjamin Kaplan, Kevin M. Clermont 『CIVIL

PROCEDURE MATERIALS FOR BASIC COURSE』, 10th Ed.(2011)

- Robert H. Klonoff, Edward K.M. Bilich & Suzette M. Malveaux, 『CLASS ACTIONS AND OTHER MULTI-PARTY LITIGATION』 2nd ed.(2006)
- Richard L.Marcus, Martin H. Redish, Edward F. Sherman, 『CIVIL PROCEDURE A MODERN APPROACH』 Third Ed.,
- Stephen N. Subrin, Martha L. Minow, Mark S. Brodin, Thomas O. Main, 『CIVIL PROCEDURE Doctrine, Practice, and Context』, Third Ed.
- Thomas D. Rowe, Jr., Suzanna Sherry, Jay Tidmarsh, 『CIVIL PROCEDURE』 2nd Ed.(2008)
- Wright & Kane, Federal Courts(6th ed. 2002)

나. 논문

- Developments In The Law -Res Judicata, 65 Harv. L. Rev. 818, 861(1952).
- “DEVELOPMENTS IN THE LAW - MULTIPARTY LITIGATION IN THE FEDERAL COURTS”, 71 Harv. L. Rev. 877(1958),
- Millar, “Counterclaims Against Counterclaims”, 48 Nw.U.L. Rev. 671 691(1954)

2. 독일 문헌

가. 단행본

- Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Zivilprozessordnung, 75, Aufl., 2017.
- Grunsky/Jacoby, Zivilprozessrecht, 15. Aufl., 2016.

- Musielak / Voit, Grundkurs ZPO, 13. Aufl., 2016.
- Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, 5. Aufl., 2016.
- Jauernig/Hess, Zivilprozessrecht, 30. Aufl., 2011.
- Prütting/ Gehrlein, ZPO Kommentar, 9. Aufl., 2017.
- Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 17. Aufl., 2010.
- Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 23. Aufl., 2014.

나. 논문

Jochen Schröder, “Widerklage gegen Dritte?”, AcP 164(1964), 517.
 Eberhard Wieser, “Zur Widerklage eines Dritten gegen einen Dritten”,
 ZZP 86(1973), 36.

Abstract

A Study on Third Party Litigation Practice by Defendants

Jeong Woo Chae

Department of Law Major in Civil Procedure

The Graduate School

Seoul National University

The default structure of litigation assumed by the Korean Civil Procedure Act is between one plaintiff and one defendant. However, with the prevalence of secured liabilities, there is an increasing number of disputes with multiple creditors competing over the same assets or for which the appropriate defendant is unclear. As a result of this increasing complexity, there is growing need for the Korean Civil Procedure Act to evolve beyond its current assumption and permit defendants to bring third parties into relevant actions.

Unlike the Korean Civil Procedure Act, which in principle permits the defendant to merely seek dismissal of the relevant action, other

countries' civil procedure statutes explicitly permit third party litigation practice. The United States' Federal Rules of Civil Procedure expressly permits impleader, interpleader, and counterclaim against third party. Likewise, the German Code of Civil Procedure and relevant case law provide for interpleader sought by the defendant (Gläubigerstreit), laudatio auctoris in cases involving possession (Urheberbenennung bei Besitz) or involving impaired ownership (Urheberbenennung bei Eigentumsbeeinträchtigung), or counterclaim against third party (Drittwiderklage).

After review of other countries' third party practice, this study classifies third party practice into three categories : third party practice seeking liability contribution, such as impleader; third party practice seeking designation of appropriate rightholder; and third party practice seeking transfer of liability. This study concludes that third party practice seeking liability contribution should not be adopted due to a number of difficulties. With regard to third party practice seeking designation of appropriate rightholder, this study proposes that the courts be allowed to order relevant claimants to be joined and that counterclaims against third parties be permitted under certain circumstances. Lastly, with regard to third party practice seeking transfer of liability, this study proposes amending the Korean Civil Procedure Act such that the original defendant can add new defendants with certain conditions.

keywords : third party practice, impleader, interpleader, counterclaim against third party, Drittwiderklage

Student Number : 2013- 23338